Die Sicherung der Konkursmasse gegen Rechtsverluste, die nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruhen (§ 15 KO)

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Max Dieter Schumacher
aus Celle

Göttingen 1975

Die Sicherung der Konkursmasse gegen Rechtsverluste, die nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruhen (§ 15 KO)

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Max Dieter Schumacher
aus Celle

Göttingen 1975

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Professor Dr. Wolfram Henckel
Mitberichterstatter: Professor Dr. Diederichsen
Tag der mündlichen Prüfung: 30.1.1975

Gliederung

Einleitung 1

1.Kapitel
Geschichtliche Entwicklung des § 15 KO 4
I.Die Regelung des § 12 KO im Entwurf von 1877 4
II.Der durch die Novelle der Konkursordnung neu gefaßte § 15 KO 6
III.Die Zeit vom Inkrafttreten der Novelle (1900) bis zur Gegenwart 10

2.Kapitel
Geltungsbereich,Rechtsfolge und Abgrenzung des § 15 KO 11
I.Die von § 15 KO betroffenen "Rechte","Vorzugsrechte" und "Zurückbehaltungsrechte" 11
II.Rechtsfolge 15
III.Abgrenzung gegenüber Parallel- und Ergänzungsvorschriften 20
1.Parallelvorschriften 20
a)§ 7 KO 20
b)§ 14 KO 25
c)§ 55 Nr.1 und Nr.2 KO 26
2.Ergänzungsvorschriften 27
a)§§ 29 ff.KO 27
b)§§ 106,113 KO i.V.m.§§ 135,136 BGB 29
c)§§ 62,63 VglO i.V.m.§ 103 VglO 31

3.Kapitel
Einordnung der Erwerbstatbestände, die § 15 KO nicht verhindern kann 35
I.Tatbestände,die schon nicht unter den Wortlaut des § 15 KO fallen 35
1.Erwerb vor Konkurseröffnung 35
2.Maßnahmen zum Zweck der Sicherstellung und Erhaltung bereits erworbener Rechte 37
3.Erwerb von nicht zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen 42
4.Zusammenfassung 44

II.Tatbestände,die durch ausdrücklich konkursbeständige Vorschriften gedeckt sind 45
1.Erwerb durch Verfügungen des Konkursverwalters (§§ 6,17,117,134 Nr.2 KO) 45
2.Verwirklichung von Absonderungsrechten (§ 4 II KO) 45
3.Ausübung einer Aufrechnungsbefugnis (§ 53 KO) 46
4.Verwirklichung von Masseansprüchen (§§ 57 ff.KO) 47
5.Erwerb gem.§ 15 S.2 KO i.V.m.§§ 878,892 BGB, §§ 3 III,16,17 SchiffsRG 49
a)§ 878 BGB 49
b)§ 892 BGB 52
c)§ 893 BGB 53
d)Abgrenzung gegenüber gutgläubigem Direkterwerb von beweglichen Sachen 54
6.Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs (§ 24 KO) 56
a)Allgemeines 56
b)Vormerkung zur Sicherung eines künftigen Anspruchs 57
7.Bedingter Rechtserwerb (§ 161 I S.2 BGB) 60
a)Allgemeines 60
b)Abgrenzung zur Ausnahme des § 67 KO 61
c)Anwendbarkeit des § 161 I S.2 BGB 62
d)Exkurs: Wahlrecht des Konkursverwalters im Konkurs des Eigentumsvorbehalts-Verkäufers 63
e)Grenzen: §§ 7 und 26 KO 64
f)Zusammenfassung 66
8.Aneignung des Hinterlegungsgläubigers (§ 377 BGB) 67
9.Dingliches Vorkaufsrecht (§ 1098 II BGB i.V.m.§ 24 KO) 68
10.Absonderungsrechte gem.§§ 77,157 VVG 70
a)§ 157 VVG 70
b)§ 77 VVG 74
c)Zusammenfassung 76
11.Zusammenfassung 77

III.Übrige ebenfalls gegenüber § 15 KO
durchdringende Tatbestände 79
1.Bloßer Wechsel des Rechtsträgers 79
a)Rechtsgeschäftlicher Rechtsübergang,
besonders Rangtausch gem.§ 880 BGB 79
b)Gesetzlicher Rechtsübergang 82
2.Verwirklichung eines Rangvorbehalts
(§ 881 BGB) 82
3.Umwandlung des wirksam begründeten Rechts
kraft Gesetzes (dingliche Surrogation) 83
4.Gesetzliche Erweiterung von
Absonderungsrechten 85
a)Erweiterung gem.§ 949 S.3 BGB i.V.m.
§§ 946 ff.BGB 85
b)Erweiterung gem.§ 1120 BGB 90
c)Zusammenfassung 92
5.Eigentumserwerb durch Verbindung,Vermischung
und Verarbeitung (§§ 946 ff.BGB und § 964 BGB) 93
a)Verbindung und Vermischung
gem.§§ 946,947,948 BGB 94
b)Verarbeitung gem.§ 950 BGB 96
c)Ausgleichsansprüche der Masse 99
d)Erwerb des eingezogenen Bienenschwarms
gem.§ 964 BGB 101
6.Eigentumserwerb bei Überhang,Überwuchs
(§ 910 BGB) und Überfall (§ 911 BGB) 103
a)Überhang und Überwuchs gem.§ 910 BGB 103
b)Überfall gem.§ 911 BGB 104
c)Ausgleichs- und Ersatzansprüche der Masse 105
7.Rechtsgeschäftlicher gutgläubiger Erwerb
durch Verfügungen Dritter 106
a)Gutgläubiger Erwerb von Rechten
an unbeweglichen Sachen 106
b)Gutgläubiger Erwerb von Rechten
an beweglichen Sachen 108
c)Gutglaubensschutz gem.§ 407 BGB 115
8.Erwerb Dritter im Wege der Zwangsverwertung
nach einer entgegen dem Verbot der §§ 14,15
KO vorgenommenen Zwangsvollstreckung 116

9.Maßnahmen im öffentlichen Interesse 119
a)Enteignung Art.14 III GG 120
b)Strafrechtliche Einziehung und Unbrauchbarmachung 120
c)Haftung und Beschlagnahme von Zoll- und Steuergut gem.§ 121 AbgO 126
10.Rechtserwerb an im Ausland belegenen Sachen 128
11.Zusammenfassung 128

4.Kapitel
Untersuchung und Einordnung der problematischen Fälle 131
I.Rückwirkende Tatbestände 131
1.Genehmigung (§ 184 BGB) 131
2.Anfechtung (§ 142 BGB) 136
II.Pfandrecht und Grundschuld zur Sicherung künftiger Forderungen 140
1.Verpfändung einer Sache zur Sicherung einer künftigen Forderung (§ 1204 II BGB) 140
2.Valutierung gegenüber dem Gemeinschuldner 143
3.Valutierung gegenüber Dritten 145
4.Valutierung einer vor Konkurseröffnung bestellten Sicherungsgrundschuld 147
5.Zusammenfassung 148
III.Abtretung und Verpfändung künftiger Forderungen 149
1.Meinungsstand 149
2.Stellungnahme 150
3.Verpfändungsanzeige gem.§ 1280 BGB 158
4.Zusammenfassung 158
IV.Erwerb des Fruchtziehungsberechtigten (§§ 953 ff.BGB) 159
1.Erwerb gem.§ 953 BGB 159
2.Erwerb gem.§ 954 BGB 159
3.Erwerb gem.§ 955 BGB 160
4.Erwerb gem.§ 956 BGB 166
5.Erwerb gem.§ 957 BGB 169
V.Blankoabtretung und Blankoverpfändung 170
1.von Grundpfandrechten 171
2.von einfachen Forderungen 176
3.Zusammenfassung 181

VI.Eigentumserwerb des Finders (§ 973 BGB) 182
1.Meinungsstand 182
2.Stellungnahme 183
VII.Erwerb durch Ersitzung 187
1.Ersitzung beweglicher Sachen (§§ 937,1033 BGB) 187
2.Ersitzung unbeweglicher Sachen (§ 900 BGB) 196
VIII.Nachträgliche Fremdbestimmung des Putativschuldners im Konkurs des Gläubigers 199
1.Einführung 199
2.Meinungsstand 200
3.Stellungnahme 207
4.Zusammenfassung 220
IX.Zusammenfassung 221

5.Kapitel
Herleitung einer allgemeinen Formel zur begrifflichen Erfassung aller gegenüber § 15 KO durchdringenden Tatbestände 224
I.Zusammenfassung der für alle Tatbestände wesentlichen inneren rechtlichen Kriterien 224
1.Einordnung in drei "materiale" Stufen 224
2.Wertausgleich zugunsten der Konkursmasse 227
3.Rechtsbeziehung des Gemeinschuldners zum Erwerbstatbestand 228
4.Wirksamkeit des Erwerbs gegen jeden anderen Berechtigten 229
II.Kontrolle an Hand der an § 15 KO scheiternden Tatbestände 234
1.Aufzählung aller wesentlichen Verstöße gegen § 15 KO 235
2.Kontrolle des Wertausgleichskriteriums 238
3.Kontrolle der Rechtsbeziehung des Gemeinschuldners zum Erwerbstatbestand 238
4.Kontrolle der Wirkung gegen jeden anderen Berechtigten 239
III.Ergebnis 241

Zusammenfassung 243

Literaturverzeichnis

Arndt — Die Wirkung einer Vorausabtretung künftiger Forderungen im Konkurs, DRiZ 1954,233 f.

Bauknecht — Das Anwartschaftsrecht aus der bedingten Übereignung im Konkurs, NJW 1956,1177 ff.

Baumbach-Lauterbach — Zivilprozeßordnung,31.A. München 1973

Baumgärtel — Anmerkung zum BGH-Urteil vom 31.10.1956, DNotZ 57,652 ff.

Baur — Lehrbuch des Sachenrechts,7.A. München 1973

Begründung — zu den Entwürfen eines Gesetzes betr. Änderungen der Konkursordnung und eines zugehörigen Einführungsgesetzes

Berg — Bereicherung durch Leistung und in sonstiger Weise in den Fällen des § 951 BGB, AcP 160, 505 ff.

Biermann — Bürgerliches Gesetzbuch,Bd.3 Sachenrecht, 3.A. 1914

-- — Besprechung des Kommentars zur Konkursordnung von Jaeger 3.u.4.A. 1913, ZZP 44,524 ff.

Bley — Vergleichsordnung,3.A. Berlin 1.Bd. 1968/69, 2.Bd. 1970/72 (bearbeitet von Mohrbutter)

Blomeyer — Allgemeines Schuldrecht,4.A. Berlin 1969

-- — Der unbestimmte Gläubiger, Festschrift für Ernst Rabel 1954 Bd.I S.307 ff.

Böhle-Stamschräder — Konkursordnung,10.A. München 1971

Böhm — Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materiellrechtliche Ausgleichsansprüche, 1971

Börner — Die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten, NJW 1961,1505 ff.

Bötticher — Besprechung des Kommentars zur Konkursordnung von Jaeger 8.A. 1.Bd. bearbeitet von Lent, ZZP 71,315 f.

de Boor-Erkel — Zwangsvollstreckung,Konkurs und Vergleich, 2.A. Wiesbaden 1962

Bruck — Das Privatversicherungsrecht, Mannheim 1930

Bruck-Möller — Kommentar zum VVG, 8.A. Berlin 1958 ff.

Bruns — Zwangsvollstreckungsrecht, Berlin 1963

von Caemmerer Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel 1954 Bd.I S.333 ff.

-- Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, Festschrift für Dölle 1963 Bd.I S.135 ff.

-- Anmerkung zum BGH-Urteil vom 30.4.1959, JR 1959,462 ff.

Cosack-Mitteis Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7.u.8.A. Jena 1924-1927

Costede-Kaehler Haftungszuweisung und Haftungszugriff Dritten gegenüber, ZZP 84,395 ff.

Diederichsen-Gursky Fälle und Lösungen zum Sachenrecht, 2.A. Karlsruhe 1972

Dölle Bemerkungen zur Blankozession, Festschrift für M.Wolff 1952 S.23 ff.

Dohm Die Inhaberschaft bei der Blankozession von Forderungen, WM 1973,886

Ebert Die gesetzlichen Vorkaufsrechte nach dem Bundesbaugesetz, NJW 1961,1430 ff.

Eccius Relative Nichtigkeit von Verfügungen des Gemeinschuldners und des Erben, Gruchots Beitr. 50,481 ff.

Eichele Irrtümliche Eigenleistung bei Bestehen fremder Schuld, Diss.Mainz 1965

Ennecerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 15.A. Tübingen 1958

Ennecerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.A. Tübingen 1959-1960

Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5.A. Münster 1972

Eser Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, Tübingen 1969

Esser Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 2.A. Frankfurt 1969

-- Schuldrecht, Bd.I Allgemeiner Teil 4.A., Bd.II Besonderer Teil 4.A. Karlsruhe 1970/71

Fikentscher Das Schuldrecht, Berlin 3.A. 1971

Flume Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.II Das Rechtsgeschäft, Berlin 1965

Flume	Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, NJW 1950,841 ff.
--	Anmerkung zum BGH-Urteil vom 5.10.1961, JZ 1962,281 f.
Gerhardt	Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, Göttingen 1969
von Gerkan	Der Erwerb einer schuldnerfremden beweglichen Pfandsache durch den Vollstreckungsgläubiger als Ersteher, MDR 1962,784 ff.
Gernhuber	Lehrbuch des Familienrechts, 2.A. München 1971
Gloede	Haftet der Vollstreckungsgläubiger,der in schuldnerfremde bewegliche Sachen vollstrecken ließ,deren früherem Eigentümer aus ungerechtfertigter Bereicherung? MDR 1972,291 ff.
Güthe-Triebel	Grundbuchordnung, 6.A. Bd.1 Berlin 1936, Bd.2 Berlin 1937
Hahnzog	Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen, Diss.München 1962
Heck	Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930 (unveränderter Nachdruck 1960)
Hellmann	Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1907
Hellwig	Verträge auf Leistungen an Dritte, Leipzig 1899
Henckel	Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970
Huebschmann-Spitaler	Kommentar zur AbgO, 6.A. Köln 1954 ff.
Huber	Die Stellung des Abnehmers im Konkurs des Lieferanten beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, BB 1964,731 ff.
Hufnagel	Kreditsicherung durch Vorausabtretung zukünftiger Forderungen, NJW 1952,490 f.
Jaeger	Kommentar zur Konkursordnung, 6./7.A. Berlin 1931-1936
--	Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 8.A. Berlin 1932
--	Bemerkung zu Pfeiffer,Vormerkungen für künftige Ansprüche im Konkurse, LZ 1911 Sp.606 f.,770
Jaeger-Lent	Kommentar zur Konkursordnung, Bd.1 §§ 1-70, 8.A. Berlin 1958
Jaeger-Weber	Kommentar zur Konkursordnung, Bd.2 §§ 71-213, 8.A. Berlin 1958-1970

Kaehler — Bereicherungsrecht und Vindikation, Bielefeld 1972

-- — Vollstreckung in schuldnerfremde Sachen und Bereicherungsausgleich, JR 1972,445 ff.

Kiesow — Die Genehmigung von obligatorischen Verträgen, die für den Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkursverfahrens ohne Vertretungsmacht abgeschlossen sind, JW 1937,1375

Kisch — Handbuch des Privatversicherungsrechts, München 1920/22

Lackner-Maassen — Strafgesetzbuch, 7.A. München 1972

Larenz — Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960

-- — Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 1967

-- — Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I Allgemeiner Teil 10.A. München 1970, Bd.II Besonderer Teil 10.A. München 1972

Leipziger Kommentar — zum Strafgesetzbuch, 9.A. Berlin 1970

Lent — Anfechtung wegen Irrtums über die Kreditwürdigkeit des Gemeinschuldners, JR 1957,284 ff.

Lent-Jauernig — Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 12.A. München 1972

Lippok — Die Grenzen der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Konkursverwalters, Diss. Heidelberg 1972

Lorenz — Das "Wahlrecht" des Putativschuldners bei irrtümlicher Zahlung fremder Schulden, Festschrift zum 50jährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg 1967 S.267 ff.

-- — Gläubiger,Schuldner,Dritte und Bereicherungsausgleich, AcP 168,286 ff.

Lüke — Die Versteigerung der gepfändeten Sache durch den Gerichtsvollzieher, ZZP 68,341 ff.

-- — Die Bereicherungshaftung des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache, AcP 153,533 ff.

Maier	Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, AcP 152,97 ff.
von Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, 2.A. Berlin 1955 ff.
Marschall von Bieberstein	Reflexschäden und Regreßrechte, Stuttgart 1967
Medicus	Bürgerliches Recht, 6.A. Köln 1973
--	Kreditsicherung durch Verfügung über künftiges Recht, JuS 1967,385 ff.
Mentzel	Kommentar zur Konkursordnung, 5.A. Berlin 1937
Mentzel-Kuhn	Kommentar zur Konkursordnung, 6.A. Berlin 1955 und 7.A. Berlin 1962
Meyer-Bleyer	Konkursordnung, 3.A. 1928
Motive II	Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung von 1875
Motive (M.)	zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1888
Motive (MzEG)	zum zugehörigen Einführungsgesetz
Oberneck	Das Reichsgrundbuchrecht, 4.A. Berlin 1909
Oertmann	Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 1.Abt. §§ 241-432, 5.A. Berlin 1928
--	Die Zahlung fremder Schulden, AcP 82,367 ff.
Pagenstecher	Der Konkurs, 4.A. München 1968 (bearbeitet von Grimm)
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 33.A. München 1974
Paulus	Schranken des Gläubigerschutzes aus relativer Unwirksamkeit, Festschrift für Nipperdey 1965 Bd.I S.909 ff.
--	Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, AcP 155,277 ff.
Pfeiffer	Vormerkungen für künftige Ansprüche im Konkurse, LZ 1911 Sp.606,769 f.
--	Vormerkungen für künftige Ansprüche, ZBlFG 14,552
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4./5.A. Berlin 1913 ff.
Predari	Zur Frage der Sperre des Grundbuchs durch Konkurseröffnung, LZ 1907 Sp.454 ff.
Prölls-Martin	Versicherungsvertragsgesetz, 19.A. München 1973

Protokolle — der Reichstagskommission von 1875/76 zur Konkursordnung

Protokolle (P.) — der Kommission für die 2.Lesung des Entwurfs des BGB von 1897-1899

Raiser — Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB (RGRK), 11.A. Berlin 1958 ff.

Rebe — Zur Ausgleichsfunktion von § 935 BGB zwischen Vertrauensschutz und Eigentümerinteresse beim gutgläubigen Mobiliarerwerb, AcP 173,200

Reinhard — Anmerkung zum RG-Urteil in JW 1930,61

Reinhold — Die Genehmigung von obligatorischen Verträgen, die für den Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkursverfahrens ohne Vertretungsmacht abgeschlossen sind, JW 1937,1374 f.

Rosenberg — Zivilprozeßrecht, 10.A. München 1969 (bearbeitet von Schwab)

Rutkowski — Anmerkung zum BGH-Urteil vom 29.10.1963, NJW 1964,164

Schmidtmüller — Der geschädigte Dritte und seine rechtliche Stellung in der Haftpflichtversicherung, LZ 1914 Sp.928 ff.

Schmitz — Ansprüche des Interventionsberechtigten gegen den Vollstreckungsgläubiger als Ersteher der Pfandsache, NJW 1962,853 f.

Schönke-Baur — Zwangsvollstreckungs-,Konkurs- und Vergleichsrecht, 8.A. Karlsruhe 1969

Schönke-Schröder — Strafgesetzbuch, 17.A. München 1974

Schrödter — Kommentar zum Bundesbaugesetz, 3.A. München 1973

Schünemann — Die abgesonderte Befriedigung des geschädigten Dritten im Konkurs des Haftpflichtversicherungsnehmers bei Eintritt des Schadensereignisses nach Konkurseröffnung, LZ 1923 Sp.445 ff.

Schütz-Frohberg — Kommentar zum Bundesbaugesetz, 2.A. Berlin 1962

Schwarz-Dreher — Strafgesetzbuch, 33.A. München 1972

Seidel — Die Anwendbarkeit des § 816 BGB auf nachträglich wirksame Verfügungen, Leipzig 1930

Sinn	Zum Rückgriff bei ungewollter Zahlung fremder Schulden, NJW 1968,1857 ff.
Soergel	Bürgerliches Gesetzbuch, 10.A. Stuttgart 1967 ff.
Staudinger	Kommentar zum BGB, 11.A. Berlin 1957 ff.
Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19.A. Tübingen 1964 ff.
Stolterfoth	Der Scheinvater-Regreß, FamRZ 1971,341 ff.
Sydow-Busch	Konkursordnung und Anfechtungsgesetz, 12.A. Berlin 1916
Thieme	Anmerkung zum BGH-Urteil vom 31.10.1956, MDR 1957,217
Thomä	Tilgung fremder Schuld durch irrtümliche Eigenleistung? JZ 1962,623 ff.
Tipke-Kruse	Reichsabgabenordnung, 6.A. Köln 1973
von Tuhr	Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.II 1.Teil, Berlin 1914
--	Abtretung künftiger Forderungen, Bank Archiv 7,277 ff.
Turnau-Förster	Liegenschaftsrecht,Bd.I Das Sachenrecht des BGB, 3.A. Paderborn 1906
Unger	Das Anwartschaftsrecht, KTS 69,193 ff.
Vogels-Nölte	Vergleichsordnung, 3.A. Berlin 1952
Warneyer	Konkursordnung, Berlin 1932
Westermann	Sachenrecht, 5.A. Karlsruhe 1966-1973
Wieczorek	Zivilprozeßordnung, Berlin 1956 ff.
Wilmowski-Kurlbaum	Deutsche Reichs-Konkursordnung, 6.A. Berlin 1906
Wörbelauer	§ 878 BGB und der Konkurs des Grundpfandrechts-Schuldners, DNotZ 1965,580 ff.
Wolf	Lehrbuch des Sachenrechts, Köln 1971
Wolff	Konkursordnung, 2.A. 1921
Wolff-Raiser	Sachenrecht, 10.Bearbeitung Tübingen 1957
Zeiss	Leistungsverhältnis und Insolvenzrisiko bei irrtümlicher Zahlung fremder Schulden, AcP 165,332 ff.
Zunft	Tritt bei § 7 KO relative oder absolute Unwirksamkeit ein? NJW 1956,735 f.
von Zwehl	Anmerkung zum BGH-Urteil vom 2.7.1963, NJW 1964,99

Einleitung

§ 15 KO lautet: "Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen,sowie Vorzugsrechte und Zurückbehaltungsrechte in Ansehung solcher Gegenstände können nach der Eröffnung des Verfahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden,auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht.Die Vorschriften der §§ 878,892,893 des BGB, § 3 Abs.3, §§ 16,17 des SchiffsRG bleiben unberührt."

Diese Regelung schützt die Konkursmasse vor Rechtsverlusten und nachträglichen Belastungen.Sie ist jedoch offensichtlich zu weit gefaßt.Wollte man § 15 KO ganz wörtlich nehmen,so könnte nicht einmal der Konkursverwalter wirksam über Massegegenstände verfügen. Auch ließen sich Absonderungsrechte und Masseansprüche nicht verwirklichen.Das aber ist mit dem gesamten Konkursverfahren unvereinbar.Es würde praktisch jede Verwertung der Masse von vornherein ausschließen.Von § 15 KO unberührt bleiben aber auch zahlreiche Erwerbstatbestände,die nicht der eigentlichen Durchführung des Konkursverfahrens dienen.Als Beispiel seien der bedingte Rechtserwerb,die in den §§ 946 ff. BGB geregelten Tatbestände,der gutgläubige Erwerb von Massegegenständen aus der Hand eines Dritten und die Enteignung gem.Art.14 III GG genannt.In diesen Fällen muß die Masse erhebliche Einbußen zum Nachteil der Konkursgläubiger hinnehmen.Der Anwendungsbereich des § 15 KO bedarf folglich einer gründlichen Eingrenzung.

In sehr vielen anderen Fällen streitet man,so beispielsweise beim Funderwerb gem.§ 973 BGB,beim Erwerb durch Ersitzung gem.§§ 937 ff.BGB,bei der Abtretung und Verpfändung künftiger Forderungen,beim Erwerb nach gem.§ 184 BGB rückwirkender Genehmigung,

bei der Verpfändung einer Sache zur Sicherung einer künftigen Forderung und bei der Blankoverfügung über Grundpfandrechte oder einfache Forderungen.

Besonders diskutiert hat man gerade in den letzten Jahren die Bedeutung des § 15 KO gegenüber der nachträglichen Fremdbestimmung des irrtümlich leistenden Putativschuldners: Leistet jemand auf eine fremde Schuld,die er irrtümlich für seine eigene Schuld hält,an den Gläubiger,so kann dieser sogenannte Putativschuldner das Geleistete nur gem.§ 812 I S.1 1.Alt. BGB vom Gläubiger zurückverlangen.Gegen den Echtschuldner,der durch die irrtümliche Leistung nicht gem.§§ 267,362 BGB befreit ist,stehen dem Putativschuldner keine Rückgriffsansprüche zu.Um aber Unbilligkeiten,zum Beispiel bei Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers,zu vermeiden,gibt eine neuere Lehre dem Leistenden die Möglichkeit,noch nachträglich die Erfüllungswirkung des § 267 BGB herbeizuführen. Dann kann er den Echtschuldner regreßpflichtig machen.Der Putativschuldner soll noch nachträglich gegenüber dem Gläubiger erklären können,er lasse die Zahlung als auf die Forderung gegen den wirklichen Schuldner gemacht gelten (Fremdbestimmung). Während die Zulässigkeit dieser einseitigen Fremdbestimmung schon im Rahmen der bereicherungsrechtlichen und erfüllungsrechtlichen Problematik sehr umstritten ist,haben sich in letzter Zeit auch bedeutende Stimmen erhoben,die mit § 15 KO argumentieren.So soll im Konkurs des Gläubigers § 15 KO der Fremdbestimmung entgegenstehen:Die Masse verliere infolge der Tilgungswirkung des § 267 BGB die Forderung gegen den wirklichen Schuldner.Das aber widerspreche dem Sinn des § 15 KO.Dieser besonders von Lorenz[1)] vertretenen Meinung haben

---

1)Werner Lorenz in Instituts-Festschrift Heidelberg 1967 S.267 ff.,280 f. und in AcP 168,286 ff.

sich mittlerweile auch Esser[2], Medicus[3] und Larenz[4] angeschlossen. Dabei ließ sich Larenz gerade durch die auf § 15 KO beruhende Argumentation umstimmen.[5]

Diese Aufzählung mag genügen. Sie zeigt, daß die genaue Funktion des § 15 KO noch nicht hinreichend geklärt ist. Unsere Arbeit hat das Ziel, den Anwendungsbereich des § 15 KO zu bestimmen und abzugrenzen. Dabei sind sämtliche trotz dieser Vorschrift wirksamen Erwerbstatbestände gründlich zu prüfen, die Hintergründe aufzudecken und zu ordnen. Schließlich wollen wir versuchen, alle Ausnahmen zu § 15 KO mit einer aussagekräftigen Formel zu erfassen.

Entsprechend läßt sich der Aufbau dieser Abhandlung skizzieren: Im 1. Kapitel wird die geschichtliche Entwicklung des § 15 KO angedeutet. Im 2. Kapitel gilt es zunächst, die von § 15 KO erfaßten Rechte und seine Rechtsfolge darzustellen. Anschließend ist die Regelung des § 15 KO gegenüber anderen ebenfalls die Konkursmasse schützenden Vorschriften abzugrenzen. Im 3. Kapitel sind alle Erwerbsfälle, die § 15 KO nach allgemeiner Ansicht nicht vereitelt, aufzuzeigen und zu ordnen. Im 4. Kapitel wollen wir die noch verbliebenen besonders problematischen und umstrittenen Erwerbstatbestände erörtern und einer abschließenden Lösung zuführen. Dabei sind die bereits im Rahmen der unstreitigen Fallgruppen aufgetauchten rechtlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Im 5. Kapitel schließlich gilt es, die wesentlichen Kriterien aller gegenüber § 15 KO wirksamen Tatbestände herauszuarbeiten und zusammenzufassen. Diese sind sodann an Hand aller an § 15 KO scheiternden Tatbestände zu überprüfen, damit sie als Grundlage für eine Formel dienen können.

---

2) Esser Schuldrecht § 102 II 1

3) Medicus § 33 IV 3

4) Larenz Schuldrecht II § 68 III d) (10. Auflage)

5) vgl. Larenz aaO im Gegensatz zur 9. A. § 62 II b

1.Kapitel
Geschichtliche Entwicklung des § 15 KO

I.Die Regelung des § 12 KO im Entwurf von 1877

In der Konkursordnung vom 10.2.1877 hatte der damalige § 12 KO,der dem heutigen § 15 KO entspricht, folgenden Wortlaut: "Pfand- und Hypothekenrechte, Vorzugsrechte sowie Zurückbehaltungsrechte an Gegenständen der Konkursmasse können nach der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger erworben oder eingetragen werden,wenngleich der Anspruch auf den Erwerb oder die Eintragung schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist."Diese Vorschrift hatte ihr Vorbild im § 10 der preußischen Konkursordnung vom 8.5.1855.

Nach den Motiven[1] war grundlegendes Prinzip für die Regelung des § 12 der allgemeine konkursrechtliche Grundsatz:"Par conditio omnium creditorum facta est".[2] Danach fixierte die Konkurseröffnung das Verhältnis eines jeden Konkursgläubigers zur Konkursmasse und zu den anderen Konkursgläubigern. Ein persönlicher Gläubiger konnte also nicht nachträglich aus der Gemeinschaft der Konkursgläubiger austreten und abgesonderte Befriedigung aus einem Gegenstande der Konkursmasse erlangen.[3] Bemerkenswert ist,daß der damalige § 12 nur den Erwerb von Absonderungsrechten,nicht aber von Aussonderungsrechten traf.Anscheinend suchte er nur unzulässige Vorteile persönlicher Gläubiger,nicht aber solche Dritter zu verhindern.

Schon damals war man sich darüber einig,daß die Vorschrift einen Erwerb,der auf einer nach Konkursbeginn erfolgenden Handlung des Gemeinschuldners beruhte,nicht erfassen sollte.[4] Der § 12 sollte

---

1)Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung von 1875 (zitiert:Motive II) S.53-58

2)Motive II S.53

3)Motive II S.53

4)Motive II S.53

gerade die Fälle treffen,in denen sich der Erwerbstatbestand teils aus Handlungen des Gemeinschuldners,teils aus anderen ohne seine Tätigkeit sich vollziehenden Akten zusammensetzte und diese letzteren erst nach Konkurseröffnung vollzogen wurden.[5] Aus dem Wortlaut des damaligen § 12 ging das allerdings nicht hervor.Auch hat die spätere Änderung mit dem Zusatz "auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht" dies nicht überzeugend klargestellt.[6]

In der Fassung des § 12 fällt auf,daß nicht nur der Erwerb,sondern auch die "Eintragung" gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam sein soll.Dieser Zusatz war ein Zugeständnis an das französische Recht.Denn dort fielen Erwerb und dingliche Wirksamkeit auseinander.[7] Die ohne Verlautbarung bereits erworbenen Rechte erlangten dingliche Kraft und Wirksamkeit gegenüber anderen Gläubigern erst,wenn sie ins Hypothekenregister eingetragen waren.Daher bedeutete in diesen Fällen erst die Eintragung, nicht aber schon der Erwerb, dasjenige Moment,welches die Absonderungskraft im Konkurs begründete.[8] Grundsätzlich wollte der Entwurf solche landesrechtlichen Regelungen unberührt lassen,die in zum Teil verschiedener Weise die dingliche Wirksamkeit der einzelnen zum Rechtserwerb erforderlichen Akte regelten.[9] Dabei war es diesen Landesgesetzen unbenommen,Privilegien dadurch besonders zu begünstigen,daß man sie in ihrer dinglichen Wirksamkeit von der Eintragung unabhängig stellte.[10]

---

5)Motive II S.54
6)vgl. auch Kritik bei Jaeger KO § 15 Anm.3
7)Motive II S.55
8)Motive II S.55; Jaeger KO § 15 Anm.7
9)vgl.Einzelheiten in Motive II S.54-56
10)Motive II S.56

Schließlich ging der Zweck des § 12 dahin,nur die Rechte der Konkursgläubiger zu wahren.Daraus ergab sich einmal,daß sich der Gemeinschuldner nicht auf die Ungültigkeit gem.§ 12 berufen durfte.[11] Zum anderen stand die Vorschrift dem Eintritt eines Anderen in das vor Konkurseröffnung begründete Absonderungsrecht nicht entgegen,sofern dadurch die Rechte der Konkursgläubiger auf die Konkursmasse unberührt blieben.[12] Den Übergang von Vor- und Absonderungsrechten auf denjenigen,der die Schuld des Gemeinschuldners tilgte,wollte man nicht einheitlich zulassen.Denn auch hier sahen die einzelnen Landesgesetze verschiedene Regelungen vor,in die man nicht eingreifen wollte.[13]

Zu erwähnen bleibt,daß die Annahme des § 12 in den Lesungen der Reichstagskommission ohne Debatte erfolgte[14],bevor der gesamte Entwurf vom Reichstag am 21.12.1876 en bloc angenommen und am 10.2.1877 veröffentlicht wurde.

II.Der durch die Novelle der Konkursordnung neu gefaßte § 15 KO

Nach einer erheblichen Änderung durch die Novelle vom 17.5.1898,die erforderlich war,um die Konkursordnung an die Vorschriften des neuen BGB anzupassen,erhielt § 15 KO folgenden Wortlaut: "Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen,sowie Vorzugsrechte und Zurückbehaltungsrechte in Ansehung solcher Gegenstände können nach der Eröffnung des Verfahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden,auch

---

11)Motive II S.57

12)Motive II S.57

13)Motive II S.57

14)vgl.Protokolle der Reichstagskommission von 1875/76 (zitiert:Protokolle) S.14,148

wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht.Die Vorschriften der §§ 878, 892,893 und § 1260 Abs.1 des BGB bleiben unberührt." Diese Fassung unterscheidet sich vom ursprünglichen § 12 in vier wesentlichen Punkten:[15]

1) § 15 erweitert den vorherigen § 12 dahin,daß er nicht nur den Erwerb von Pfand- und Hypothekenrechten,sondern auch den Erwerb von sonstigen Rechten an Gegenständen der Konkursmasse umfaßt.Diese Ausdehnung mußte erfolgen,um das dem vormaligen § 12 zugrundeliegende Prinzip[16] vollständig durchzuführen, denn die Fassung des § 12 war zu eng.[17]

2)Eine Beschränkung erfuhr die alte Fassung insofern, als mit Rücksicht auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs die Bestimmungen des BGB unberührt bleiben sollten,welche die Eintragungen in das Grundbuch (§§ 878, 892,893) und in das Schiffsregister (§ 1260 Abs.1) betrafen (§ 15 S.2 KO).Das war ebenso wie die eben genannte Ausdehnung schon in den Motiven zum Entwurf des EGBGB vorgesehen.Diese wollten in einem Zusatz sicherstellen,daß § 878 (damals § 831) BGB im Konkurse auch gegenüber § 12 KO anzuwenden war.[18] Um den gutgläubigen Erwerb zu ermöglichen,fügte man am Schluß des § 12 in denselben Motiven hinzu,die Vorschriften des § 6 Abs.1 (jetzt § 7 Abs.1) KO sollten unberührt bleiben.[19] Diese Verweisung wurde in der zweiten Lesung der Kommission für den Entwurf eines BGB (1899) dadurch ersetzt,daß man die in § 6 Abs.1 KO angeführten

---

15)vgl.Einzelheiten in der Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes betr.Änderungen der Konkursordnung und eines zugehörigen Einführungsgesetzes (zitiert:Begründung) S.28,29

16)vgl.oben S.4

17)Begründung S.28; Jaeger KO § 15 Anm.1,2

18)Motive zum Entwurf eines EGBGB (zitiert:MzEG) S.110; vgl.auch schon Motive zum Entwurf eines BGB erster Lesung (M.) Bd.III S.193; --- Früher waren entsprechende Beschränkungen den einzelnen Landesgesetzen überlassen,vgl.Motive II S.54,55.

19)MzEG S.110

§§ 837,838 (jetzt §§ 892,893) BGB in die neue Fassung des § 15 KO aufnahm.[20] Die Rechte der Konkursgläubiger wollte man in diesen Fällen wahren,indem die Konkurseröffnung unverzüglich ins Grundbuch eingetragen wurde.

3)Der Einschub am Schluß des ersten Satzes "auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht" sollte klarstellen,daß § 6 (jetzt § 7) KO diese Tatbestände bereits erfaßt.[21] Wie schon erwähnt[22],ist diese Formulierung wenig klärend.

4)Die "Eintragung" hat man neben dem "Erwerb" nicht mehr besonders hervorgehoben.Denn mit dem Inkrafttreten des BGB war es nicht mehr erforderlich,auf das rheinische Recht Rücksicht zu nehmen.[23] Die damalige Begründung,dies sei vom Standpunkte des BGB,welches zur Entstehung des Rechts stets die Eintragung fordere,nicht mehr geboten[24],ist allerdings schief.[25] Zunächst ist im Rahmen des BGB nur in Ausnahmefällen auch der Erwerb eines buchungsfähigen Rechts ohne Eintragung möglich.Das zeigt sich beim Erwerb durch Erbfolge,Eintritt der Gütergemeinschaft oder einer aufschiebenden Bedingung,sowie beim Erwerb durch dingliche Surrogation in den Fällen der §§ 1075,1287 S.2 BGB und des § 848 II ZPO.[26] Jedoch,und das ist hier entscheidend,macht das BGB keinen Unterschied zwischen Rechtserwerb und dinglicher Wirkung gegen Dritte wie damals das rheinische Recht.Mit dem Erwerb des dinglichen Rechts besteht auch die dingliche Wirkung.Gerade deswegen ist eine besondere

---

20)Jaeger KO § 15 Anm.47; Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB (P.) Bd.VI S.756 ff.

21)Begründung S.28

22)vgl.oben S.5

23)zur vorherigen Rücksichtnahme vgl.oben S.5

24)so Begründung S.29

25)vgl.auch Kritik bei Jaeger KO § 15 Anm.8

26)so auch Jaeger KO § 15 Anm.8,26

Hervorhebung der Eintragung neben dem Erwerb nicht mehr erforderlich.[27)]

Schließlich wollen wir noch auf eine Debatte innerhalb der Kommission für die 2.Lesung des Entwurfs des BGB (1899)[28)] hinweisen,um den von § 15 KO erfaßten Anwendungsbereich deutlich zu machen.Unter anderem lag dort ein Antrag b1 vor.Danach sollte der Wortlaut des § 12 (jetzt § 15) KO klarstellen,daß es sich um einen Erwerb auf Grund eines Rechtsverhältnisses zum Gemeinschuldner handeln müsse.Zur Begründung führten die Antragsteller an:Die Fassung des § 12 sei zu weit.Denn sie umfasse auch einen Erwerb,mit dem der Gemeinschuldner nicht in Zusammenhang stehe,wie Verfügungen des Konkursverwalters,Vollendung der vor Konkursbeginn angefangenen Ersitzung und gutgläubiger Erwerb durch Rechtsgeschäft mit einem Dritten.[29)] Dieser Antrag wurde zwar nicht angenommen.Aber auf den kurz darauf akzeptierten Antrag d,der nahezu wörtlich dem § 15 KO entsprach,gingen die Antragsteller zu b1 nur deshalb ein,weil sich bei der Erörterung der Anträge keine sachliche Verschiedenheit ergab.[30)] Die Antragsteller zu d hatten betont: § 12 regele den Fall,daß die Handlung des Gemeinschuldners vor Konkurseröffnung liege,zum Erwerb jedoch noch eine weitere Tatsache notwendig sei.[31)] Festzuhalten bleibt also für uns: Alle Kommissionsmitglieder waren sich über einen derart beschränkten Anwendungsbereich des § 12 (jetzt § 15) KO einig.

---

27)Diesen entscheidenden Gesichtspunkt übersieht auch Jaeger aaO.,der nur auf die Erwerbsmöglichkeiten ohne Buchung verweist.

28)P.VI. S.756 ff.

29)P.VI. S.757

30)P.VI. S.758

31)P.VI. S.758

III. Die Zeit vom Inkrafttreten der Novelle (1900) bis zur Gegenwart

In der Zeit nach Erlaß des BGB erfuhr § 15 KO nur noch eine geringfügige Änderung. Die DVO zum Schiffsrechtegesetz vom 21.12.1940 hat den Text des § 15 Satz 2 KO an das neue materielle Schiffsrecht angepaßt. § 1260 Abs.1 BGB fiel weg und wurde durch die §§ 3 Abs.3,16 und 17 des Schiffsrechtegesetzes vom 15.11.1940 (Reichsgesetzblatt I S.1499) ersetzt.

Abschließend seien einige Änderungen außerhalb der Konkursordnung erwähnt, die auch für die Auslegung des § 15 KO Bedeutung haben. Zunächst schuf der Gesetzgeber in der Zeit vom Erlaß des BGB bis zum ersten Weltkrieg mehrere auf Sondermassen beschränkte Konkursvorrechte.[32] Zu erwähnen ist hier gerade im Hinblick auf § 15 KO das am 30.5.1908 erlassene Gesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Es gewährt in seinen §§ 77 und 157 bedeutsame, auch noch nach Konkurseröffnung entstehende Absonderungsrechte.[33] Durch die Ausdehnung der Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung und die Verbreitung des Eigentumsvorbehalts entstanden Aus- bzw. Absonderungsrechte, deren Umfang den Massebestand erheblich einengte. Schließlich beeinträchtigte auch der Ausbau des Schuldnerschutzes innerhalb der Zwangsvollstreckung den Umfang der Masse. Denn diese beschränkt sich nach dem unveränderten Grundsatz des § 1 KO immer noch auf das der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen.

---

32) Einzelheiten bei Jaeger KO Einleitung S.XVIII

33) Problematik im Hinblick auf § 15 KO später

2.Kapitel
Geltungsbereich,Rechtsfolge und Abgrenzung des § 15 KO

I.Die von § 15 KO betroffenen "Rechte","Vorzugsrechte" und "Zurückbehaltungsrechte"

1. "Rechte"

"Rechte" an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen sind nicht nur,wie früher nach der Fassung des damaligen § 12 KO[1],Absonderungsrechte,sondern alle Vollrechte und begrenzten dinglichen Rechte.[2] Zu den Vollrechten zählt man neben dem Eigentum auch die Inhaberschaft einer Forderung[3](das Gläubigerrecht an einer Forderung[4]).Davon scharf zu unterscheiden ist die bloße Forderung als schuldrechtlicher Anspruch auf einen Massegegenstand.Im ersten Fall steht das Gläubigerrecht der Konkursmasse zu, die Forderung ist also selbst ein zur Konkursmasse gehöriger Gegenstand.Dagegen bleibt im zweiten Fall Inhaber der Forderung ein Dritter,dem die Masse lediglich schuldrechtlich verpflichtet ist.Mit dem Erwerb einer der Masse zustehenden Forderung wird der Aktivbestand der Konkursmasse verkürzt,durch die Begründung oder den Erwerb einer Forderung gegen die Masse erweitert sich der Passivbestand der Konkursmasse. In beiden Fällen ergeben sich also nachteilige Änderungen des Masseumfangs,das aber soll § 15 KO grundsätzlich verhindern.Wir müssen daher fragen, weshalb nicht auch schuldrechtliche Ansprüche gegenüber der Masse als "Rechte" im Sinne des § 15 KO zu betrachten sind.

Schon der Wortlaut "Rechte an Gegenständen der Konkursmasse" weist darauf hin,daß § 15 KO lediglich absolute Rechtspositionen treffen will.So kann man

---

1)vgl.oben S.4

2)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.8; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.5; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.2

3)Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.5; ähnlich Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.2:"Forderung selbst"

4)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.8; Jaeger KO § 15 Anm.10

auch in der Inhaberschaft einer Forderung oder dem Gläubigerrecht an einer Forderung eine absolute Rechtsposition sehen, die sogar gem.§ 823 I BGB als "sonstiges Recht" geschützt wird.[5] Die Forderung selbst dagegen bleibt in ihrem Bestand als lediglich schuldrechtliche Beziehung in keinem Fall dem Schutzbereich des § 823 I BGB unterworfen.[6] Entsprechend läßt sich auch im Rahmen des § 15 KO differenzieren:Bloße schuldrechtliche Ansprüche gegenüber der Konkursmasse sind danach nicht "Rechte" an Gegenständen der Masse.Das allein darf aber noch nicht genügen,da der Zweck des § 15 KO grundsätzlich dahin geht,sämtliche Beeinträchtigungen der Konkursmasse zu vereiteln.Dazu gehört auch die Mehrung der Passivmasse.Sollten sich in der Konkursordnung keine anderen Schutzvorschriften finden,so müßte man den Anwendungsbereich des § 15 KO ohne Rücksicht auf den "engen" Wortlaut erweitern.

Jedoch ist dem § 3 KO zu entnehmen,daß sich ein persönlicher Gläubiger nur an die Konkursmasse halten kann,wenn er einen bereits bei Konkurseröffnung begründeten Anspruch hatte.[7] Folglich schließt § 3 KO den nachträglichen Erwerb von Konkursforderungen grundsätzlich aus.[8] Ausnahmsweise zulässig sind lediglich der bloße Gläubigerwechsel[9],der gutgläubige Erwerb einer verbrieften Scheinforderung gem. § 405 BGB[10] und der aufschiebend bedingte Forderungserwerb.Gem.§ 67 KO i.V.m. § 168 Nr.2 KO

---

5)Larenz II § 66 I a; Fikentscher § 103 I 6a; a.A. Medicus § 24 II 2b m.w.N.

6)Medicus § 24 II 2b m.w.N.

7)vgl.Jaeger-Lent KO § 3 Anm.15; Jaeger KO § 3 Anm.15

8)Jaeger-Lent KO § 7 Anm.3; Jaeger KO § 7 Anm.3

9)Jaeger-Lent KO § 3 Anm.33; Jaeger KO § 3 Anm.33; Böhle-Stamschräder KO § 3 Anm.8

10)RGZ 87,420 ff.; Jaeger-Lent KO § 3 Anm.22; Jaeger KO § 3 Anm.22a; Mentzel-Kuhn KO § 3 Anm.31; Böhle-Stamschräder KO § 3 Anm.4 f.

können aufschiebend bedingte Forderungen gegenüber der Konkursmasse geltend gemacht werden, obwohl sie mit Bedingungseintritt erst in der Zeit nach Konkurseröffnung entstehen.[11] Hängt allerdings der Eintritt der Bedingung von einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners ab, so wird die Masse gem. § 7 KO geschützt.[12] Soweit sich der Passivbestand der Masse durch Handlungen des Konkursverwalters oder durch Massekosten vermehrt, sind bereits in den §§ 57 ff. KO besondere Regelungen getroffen. Diese Vorschriften regeln abschließend den Erwerb von Forderungen gegenüber der Konkursmasse, seien es Konkursforderungen (§ 3 KO) oder Masseforderungen (§§ 57 ff. KO). Die Masse ist damit vor späteren nachteiligen Verpflichtungen grundsätzlich geschützt. Demnach ergibt sich kein zwingender Grund, den Umfang der "Rechte" im Sinne des § 15 KO über Vollrechte und begrenzte dingliche Rechte hinaus auch auf einfache schuldrechtliche Ansprüche gegenüber der Konkursmasse auszudehnen.

2. "Vorzugsrechte"

Nicht ganz einig ist man sich, was unter "Vorzugsrechte" im Sinne des § 15 KO zu verstehen ist. Jaeger und (ihm folgend) Lent meinen, die Vorzugsrechte seien nur im Hinblick auf die ältere Fassung des § 12 KO erwähnt und nach der Neufassung überflüssig.[13] Mentzel-Kuhn[14] und Böhle-Stamschräder[15] dagegen sehen in den Vorzugsrechten die Rechte aus den §§ 49 I Nr.1, II KO, §§ 10 Nr.5 und 162 ZVG.

---

11) Jaeger-Lent KO § 67 Anm.1; Mentzel-Kuhn KO § 67 Anm.1; Böhle-Stamschräder KO § 67 Anm.1

12) Jaeger-Lent KO § 3 Anm.15; Jaeger KO § 3 Anm.15; Böhle-Stamschräder KO § 3 Anm.4a

13) Jaeger-Lent KO § 15 Anm.10; Jaeger KO § 15 Anm.12

14) Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.6

15) Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.2

Nach Jaeger und Lent sind diese Rechte bereits als "Recht" im Sinne des § 15 KO anzusehen.[16] Wir wollen diesen rein terminologischen Streit nicht weiter erörtern. Denn alle sind sich im Ergebnis einig, daß § 15 KO anwendbar ist. Ebenso besteht Einigkeit darin, daß man die allgemeinen Vorrechte des § 61 KO[17], die besonderen Vorrechte der §§ 35 HypBG, 61 VAG und 7a DepotG und die §§ 53 ff. KO (Aufrechnungsbefugnis) nicht als "Vorzugsrechte" im Sinne des § 15 KO zu betrachten hat.[18]

3. "Zurückbehaltungsrechte"

"Zurückbehaltungsrechte" im Sinne des § 15 KO sind nach Mentzel-Kuhn und Böhle-Stamschräder lediglich die Rechte aus den §§ 49 I Nr.3 und Nr.4 KO.[19] Jaeger und (ihm folgend) Lent ziehen außerdem noch das Recht aus § 49 I Nr.1 KO in Betracht.[20] Sie scheinen aber im Ergebnis auch das Zurückbehaltungsrecht im Rahmen des § 15 KO nicht besonders zu berücksichtigen, da die Rechte aus den §§ 49 I Nr.1,3 und 4 KO bereits selbst Absonderungsrechte und damit allgemein "Rechte" im Sinne des § 15 KO sind.[21] Sicher ist, daß § 15 KO alle genannten Rechte erfaßt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dies als "Rechte" oder "Zurückbehaltungsrechte" geschieht.

---

16) Jaeger-Lent KO § 15 Anm.10; Jaeger KO § 15 Anm.12

17) RGZ 141,65; Jaeger-Lent KO § 15 Anm.10; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.6

18) Jaeger-Lent KO § 15 Anm.10, § 53 Anm.29

19) Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.7; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.2

20) Jaeger KO § 15 Anm.13; Jaeger-Lent KO § 15 Anm.11

21) vgl. Bedenken bei Jaeger aaO. und Jaeger-Lent aaO. und Hinweise auf § 49 Anm.43 und § 59 Anm.12

II.Rechtsfolge

Erwerbstatbestände,die § 15 KO erfaßt,sind "den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam".

1.Die Bedeutung des Zusatzes "den Konkursgläubigern gegenüber" war früher,besonders im Rahmen des § 7 KO, heftig umstritten.[22] Damals überwog die Ansicht,es handele sich wie bei § 135 BGB um eine relative Unwirksamkeit,die nur im Verhältnis zu den Gläubigern bestehe und nur von diesen geltend gemacht werden könne.[23] Heute aber hat sich die Gegenmeinung durchgesetzt.Sie geht davon aus,der Erwerb sei absolut unwirksam.Diese absolute Unwirksamkeit sei lediglich sachlich durch ihren Zweck beschränkt.Daher "reiche sie nur soweit,wie es das Interesse der Konkursgläubiger erheische".[24]

Mehr praktische als rechtliche Gründe[25] geben den Ausschlag zugunsten der heute fast einhelligen Auffassung: Die Ansicht von der relativen Unwirksamkeit würde zu praktischen Schwierigkeiten führen.

---

22)Sämtliche Autoren verweisen im Rahmen des § 15 KO auf die gleichlautende Rechtsfolge des § 7 KO. (vgl.Jaeger-Lent KO § 15 Anm.34,35; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.4; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.8) Deshalb kann das folgende grundsätzlich auch für § 15 KO gelten.Ob in allen Beziehungen Übereinstimmung zwischen den Rechtsfolgen dieser beiden Vorschriften besteht,wollen wir danach erörtern.

23)Motive II S.37; Hellmann S.253; Cosack § 53 IV; Ennecerus § 189 III; Biermann § 52 4d; Planck § 2211 Anm.4; -- damals schon anderer Ansicht: von Tuhr II 1 S.332 und Jaeger KO § 7 Anm.6 ff. m.w.N.

24)RGZ 83,189; RGZ 157,295; Jaeger-Lent KO § 7 Anm.8; Mentzel-Kuhn KO § 7 Anm.6 (mißverständlich aber § 15 Anm.4); Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.8, § 7 Anm.3; Lent-Jauernig § 40 III 2; Soergel-Hefermehl § 135 Anm.6; Schönke-Baur § 55 II 2a; Flume AT II S.353; Zunft NJW 1956,735

25)rechtliche Gründe bei Zunft aaO. und Schönke-Baur aaO.; -- dagegen zeigt Lent in Jaeger-Lent KO § 7 Anm.9,daß rechtlich kaum unterschiedliche Folgen entstehen.

Die Konkursgläubiger selbst haben nur wenig Gelegenheit,die Unwirksamkeit der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners oder der unter § 15 KO fallenden Tatbestände geltend zu machen.Erforderlich zum Schutz der Masse ist,daß für den Konkursverwalter die Möglichkeit besteht,veräußerte Sachen oder Forderungen zur Masse zurückzuziehen.[26] Das könnte die Theorie von der relativen Unwirksamkeit aber nur erreichen, wenn sie zugleich den Konkursverwalter als Vertreter der Konkursgläubiger ansieht.[27] Auch verträgt sich die Relativität der Unwirksamkeit nicht mit der in den Grundbuchämtern geübten Praxis, Eintragungen,die gegen §§ 7,15 KO verstoßen,zum Schutz der Konkursgläubiger zu verweigern.[28]

2.Dennoch sprechen auch heute noch einige Autoren im Zusammenhang mit den §§ 7,15 KO von "relativer Unwirksamkeit".[29] Dabei wird aber der Begriff der Relativität zum Teil in einem mehrdeutigen Sinn gebraucht.[30]

Grundsätzlich sind subjektive und objektive Beschränkungen zu unterscheiden.Dabei soll man von relativer Unwirksamkeit nur sprechen,wenn in subjektiver Hinsicht Relativität besteht,also nur bestimmte Personen die Möglichkeit haben,sich auf die Unwirksamkeit zu berufen.[31] Hauptbeispiel hierfür ist die Regelung der §§ 135 ff.BGB.Besteht aber in subjektiver Hinsicht keine Beschränkung,so ist die Unwirksamkeit absolut,sie besteht gegenüber jedem.Allerdings kön-

---

26)vgl.Jaeger-Lent KO § 7 Anm.8[4]

27)vgl.Jaeger-Lent aaO.

28)vgl.Jaeger-Lent aaO.; RGZ 71,40;
Soergel-Hefermehl §§ 135,136 Anm.6

29)Mentzel-Kuhn (6.A.) KO § 7 Anm.3 und (7.A.)
KO § 15 Anm.4 im Gegensatz zu § 7 Anm.6;
Staudinger-Coing § 135 Bem.17; Palandt-Danckelmann § 135 Anm.1; RGRK-Krüger-Nieland § 135 Anm.9

30)so bei Mentzel-Kuhn aaO. und RGRK-Krüger-
Nieland aaO.

31)von Tuhr II 1 S.327

nen dann trotzdem Beschränkungen in objektiver,also sachlicher,Hinsicht bestehen,auch im Interesse bestimmter Personen.Dadurch ändert sich aber nichts an der absoluten Unwirksamkeit,denn der Gegensatz absolut - relativ betrifft nur die Beschränkungen in subjektiver Hinsicht.Beispiele für solche sachlichen Beschränkungen im Rahmen absoluter Unwirksamkeit finden sich in den §§ 161,2113 ff. und 2211 BGB.[32] Auch in diesen Fällen will das Gesetz bestimmte Personen schützen,es hat dabei aber eine ausdrücklich relative Wirkung nicht bestimmt.Jedoch in einer Hinsicht gleicht die Rechtslage derjenigen bei einer relativen Unwirksamkeit: Durch Zustimmung können die zu schützenden Personen die Unwirksamkeit heilen.[33] So ist zum Beispiel trotz § 161 BGB eine weitere Verfügung wirksam,wenn der bedingt Berechtigte zustimmt.[34] Diese einzige Parallele darf aber nicht dazu führen,daß man relative und absolute,jedoch sachlich beschränkte,Unwirksamkeit vermengt oder gar verwechselt.

3.Zu bemerken ist schließlich noch,daß sämtliche Autoren im Rahmen des § 15 KO auf die Rechtsfolge des § 7 KO verweisen.[35] Wir wollen nun untersuchen, ob diese Verweisung wirklich in jeder Beziehung gerechtfertigt ist:

a)Zunächst sollte man beachten,daß in § 7 KO,der alle Rechtshandlungen des Gemeinschuldners gegenüber den Konkursgläubigern für unwirksam erklärt,eine objektive Einschränkung der betroffenen Rechtshandlungen fehlt.[36] Daher ist dem Zusatz "den Konkursgläu-

---

32)vgl.Flume AT II S.352; von Tuhr II 1 S.329

33)vgl.Flume aaO.

34)vgl.Flume aaO.

35)so Jaeger-Lent KO § 15 Anm.34,35; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.4; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.8; vgl.auch RGZ 83,189

36)vgl.dazu Motive II S.37,wonach eine subjektive Beschränkung in Ansehung der Konkursgläubiger die objektive Beschränkung in Ansehung des Gegenstandes erübrigt.

bigern gegenüber" eine sachliche,auf die Konkursmasse bezogene Beschränkung der von § 7 erfaßten Rechtshandlungen zu entnehmen.[37] Im § 15 dagegen ist der Erwerb selbst bereits auf die zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände beschränkt.Insofern erübrigt sich eine weitere gleichliegende sachliche Einschränkung durch den Zusatz in der Rechtsfolge.

b)Die Interessengemeinschaft der Konkursgläubiger erlischt mit Beendigung des Konkursverfahrens.Daher müssen die §§ 7 und 15 KO auch in zeitlicher Hinsicht beschränkt sein.Diese ebenfalls objektive Einschränkung fehlt in der Fassung des § 7 KO und auch in der des § 15 KO.Also ist sie im Rahmen beider Rechtsfolgen angebracht.[38] Zudem kann der Konkursverwalter Verstöße gegen § 7 KO und § 15 KO durch nachträgliche Genehmigung rückwirkend heilen.[39] Diese beiden Beschränkungen sind den Rechtsfolgen der §§ 7 und 15 KO gemeinsam.

c)Weiterhin hatte man zunächst daran gedacht,§ 7 KO solle die für die Konkursmasse nur vorteilhaften Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nicht vereiteln.Das wurde aber im Hinblick auf § 6 KO abgelehnt: Dem Gemeinschuldner ist jede Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Masse entzogen.[40] Eine solche sachliche Einschränkung kommt auch im Rahmen des § 15 KO jedenfalls in dieser Form nicht in Betracht.Denn ein Erwerb von Massegegenständen kann für die Konkursmasse nicht vorteilhaft sein.Immerhin sind jedoch Fälle denkbar,in denen sich der Aktivbestand der Masse auch nicht nachteilig verändert.

---

37)vgl.Motive II S.37 und Jaeger KO § 7 Anm.4

38)vgl.Jaeger-Lent KO § 15 Anm.35, § 7 Anm.12

39)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.35, § 7 Anm.12;
Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.4, § 7 Anm.8;
Jaeger KO § 15 Anm.35, § 7 Anm.11

40)vgl.Einzelheiten in Motive II S.37 und Jaeger KO § 7 Anm.1

Erwirbt beispielsweise ein Dritter ein schon bestehendes dingliches Recht an einem Massegegenstand,so bleibt die Konkursmasse völlig unberührt.Auch sind die Interessen der Konkursgläubiger nicht angetastet oder gar verletzt.Wenn man daher meint,§ 15 KO greife nicht ein,so läßt sich das schon mit der Rechtsfolge dieser Vorschrift selbst begründen,die solche Fälle nicht erfassen will.[41] Das Argument aus § 6 KO,wonach § 7 KO auch die lediglich vorteilhaften Rechtshandlungen des Gemeinschuldners vereiteln muß, kann hier nicht entgegenstehen. Ein unbefugtes,in die Zeit nach Konkursbeginn fallendes Eingreifen des Gemeinschuldners kommt im Bereich des § 15 KO gerade nicht in Betracht.Wird die Masse nicht verkürzt,so kann man also dem Zusatz "den Konkursgläubigern gegenüber" eine objektive Einschränkung des § 15 KO, nicht aber des § 7 KO,entnehmen.

4.Zusammenfassend ist festzustellen: Der Erwerb im Sinne des § 15 KO führt zur absoluten Unwirksamkeit. Diese kann also von jedem geltend gemacht werden. Allerdings ist diese absolute Unwirksamkeit durch das Interesse der Konkursgläubiger sachlich beschränkt.Der Konkursverwalter,der die Gläubigerinteressen zu wahren hat,kann Verstöße gegen § 15 KO durch nachträgliche Genehmigung rückwirkend heilen. Sobald die Interessengemeinschaft endet,also mit Beendigung des Konkursverfahrens,greift § 15 KO nicht mehr ein.Auch kann § 15 KO nicht die Erwerbstatbestände vereiteln,in denen das Interesse der Konkursgläubiger unberührt bleibt.Die Verweisung auf die Rechtsfolge des § 7 KO ist grundsätzlich zutreffend,wenn sich auch innerhalb der sachlichen Einschränkung Unterschiede aufzeigen lassen.

---

41)Ob diese Begründung noch durch eine bessere ersetzbar ist,wird sich zeigen,wenn wir später alle gegenüber § 15 KO durchdringenden Tatbestände darstellen.

III. Abgrenzung gegenüber Parallel- und Ergänzungsvorschriften

Außer § 15 KO dienen auch noch andere Regelungen in der Konkursordnung und der benachbarten Vergleichsordnung dazu, eine Schmälerung der Konkursmasse zu verhindern und somit die Konkursgläubiger zu schützen. Im folgenden gilt es, § 15 KO gegenüber diesen Vorschriften abzugrenzen.

Dabei wollen wir die Regelungen, die ebenso wie § 15 KO Schutz erst nach Konkurseröffnung gewähren, "Parallelvorschriften" nennen. Dagegen bezeichnen wir die Regelungen, die den Schutz bereits auf die Zeit vor Konkursbeginn ausdehnen, als "Ergänzungsvorschriften". Zu den Parallelvorschriften zählen die §§ 3, 7, 14 und 55 KO. Den bereits erörterten § 3 KO[42] behandeln wir in diesem Zusammenhang nicht mehr. Er unterscheidet sich zudem von den anderen genannten Vorschriften darin, daß er lediglich eine Vermehrung der Passivmasse, nicht aber eine Verkürzung der Aktivmasse verhindert. Zu den Ergänzungsvorschriften gehören die §§ 29 ff. KO, §§ 106, 113 KO iVm. §§ 135, 136 BGB und die §§ 62, 63 VglO iVm. § 103 VglO.

1. Parallelvorschriften

a) § 7 KO

Gemäß § 7 KO sind allgemein Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.

aa) Diese Regelung steht in unmittelbarem Zusammenhang mit § 6 KO, der dem Gemeinschuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis entzieht und sie dem Konkursverwalter zuweist. Danach soll § 7 KO störenden Eingriffen des Gemeinschuldners in die Konkursverwaltung entgegenwirken und neben einer Verkürzung der

---

42) s. oben S. 12, 13

Aktivmasse auch eine Erhöhung der Passivmasse verhindern.[43] Nur in erster Hinsicht ist § 7 KO demnach als eigentliche Parallele zu § 15 KO zu betrachten, in zweiter Hinsicht besteht eher eine Verwandtschaft mit der Schranke des § 3 KO.[44]

Ein Erwerb, der auf einer Verfügung des Gemeinschuldners beruht, ist also schon gemäß § 7 KO den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. In diesem Fall ist § 15 KO gar nicht anwendbar. Das soll auch der Zusatz am Schluß des § 15 Satz 1 KO klarstellen: "auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht".[45] Allerdings ist dieser Zusatz wenig glücklich. Er verschleiert, daß § 15 KO gerade die Rechtsgeschäfte treffen soll, die der Gemeinschuldner vor Konkursbeginn abschließt, zu deren Wirksamkeit aber noch andere, erst danach eintretende Erfordernisse (z.B. Grundbucheintragung) nötig sind.[46] § 15 KO will also keinesfalls nur die Erwerbstatbestände vereiteln, die sich ohne vorheriges Zutun des Gemeinschuldners vollenden. Vielmehr soll er gerade dann § 7 KO ergänzen, wenn der spätere Gemeinschuldner bereits vor Konkurseröffnung tätig geworden ist.

bb) Hierbei sind einige Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen § 7 KO und § 15 KO aufgetaucht. Unklarheiten bestehen besonders im Konkurs des Antragenden, wenn der Vertragsantrag bereits vor Konkursbeginn zugegangen ist, der andere erwerbende Teil aber erst nachher die Annahme erklärt hat.[47] Einig ist man sich darüber, daß der Vertrag (z.B. eine Forderungsabtretung) zwar durch die Annahme noch zwischen Gemeinschuldner

---

43) Jaeger-Lent KO § 7 Anm.1

44) Daher begrenzt § 7 KO auch den § 67 KO, der die Schranke des § 3 KO bei bedingten Forderungen durchbricht (vgl. oben S.12,13).

45) Begründung S.28; vgl. auch oben S.5 und S.8

46) s. oben S.9, vgl. auch Kritik auf S.5

47) vgl. die unterschiedlichen Ausführungen bei Jaeger KO § 7 Anm.15, Jaeger-Lent KO § 7 Anm.15 und Mentzel-Kuhn KO § 7 Anm.19

und Drittem zustande kommen,nicht aber gegenüber der Konkursmasse wirken kann.[48] Während Lent und Kuhn offen lassen,ob die Unwirksamkeit aus § 7 KO oder § 15 KO folgt,[49] versucht Jaeger abzuwägen:Für § 7 spreche die Erwägung,daß sich der Vertragsantrag erst bei der Annahme als "Rechtshandlung des Gemeinschuldners" auswirke.Dennoch solle § 15 KO seinem ergänzenden Zweck nach anzuwenden sein,da der Erwerb des Gegners ohne weiteres Zutun des Gemeinschuldners erfolge.[50]

Zur Klärung dieser Abgrenzungsproblematik wollen wir zwei weitere Fälle erörtern,die diesen umstrittenen Tatbestand eingrenzen: aaa)Der Gemeinschuldner gibt eine Willenserklärung vor Konkurseröffnung ab,die dem Empfänger erst nach Konkursbeginn zugeht. bbb)Der Gemeinschuldner gibt eine gem.§§ 873,875 oder 877 BGB bindende Erklärung vor Konkurseröffnung ab.Diese geht auch vorher zu.Der Empfänger nimmt an und stellt ebenfalls noch vor Konkursbeginn Eintragungsantrag gem.§ 878 BGB.

ad aaa)In der konkursrechtlichen Literatur ist man sich einig,daß eine die Konkursmasse treffende Willenserklärung unter § 7 KO fällt,wenn sie vom Gemeinschuldner zwar vor Konkurseröffnung abgegeben, aber dem Empfänger erst nachher zugegangen ist.[51] (vgl.§ 130 I BGB).Fraglich könnte diese Lösung sein, wenn man mit einer verbreiteten Meinung in der BGB-Literatur § 130 II BGB auf den Verlust der Verfügungsbefugnis entsprechend anwendet.[52] Nach § 130 II BGB wäre es dann auf die Wirksamkeit der Willens-

---

48)Jaeger KO § 7 Anm.15; Jaeger-Lent KO § 7 Anm.15; Mentzel-Kuhn KO § 7 Anm.19

49)Jaeger-Lent aaO.; Mentzel-Kuhn aaO.

50)Jaeger aaO.

51)Jaeger KO § 7 Anm.14; Jaeger-Lent KO § 7 Anm.14; Mentzel-Kuhn KO § 7 Anm.18; Böhle-Stamschräder KO § 7 Anm.2

52)Palandt-Heinrichs § 130 Anm.4; Soergel-Lange § 153 Anm.3; Staudinger-Coing § 130 Anm.18 mit Einschränkung.

erklärung ohne Einfluß,wenn der Erklärende nach Abgabe,aber noch vor Zugang der Erklärung in Konkurs fiele. § 7 KO würde nicht eingreifen:Entweder man sieht das entscheidende Merkmal in der Abgabe vor Konkurseröffnung,oder man betrachtet § 130 II als direkte Ausnahme gegenüber den §§ 6,7 KO.Aber auch dann wären die Konkursgläubiger jedenfalls gem.§ 15 KO geschützt.Denn § 15 KO erwähnt neben den Gutglaubensvorschriften der §§ 892,893 BGB als einzige zulässige Ausnahme nur den Rechtserwerb,der nach einer gem.§ 878 BGB,nicht aber gem.§ 130 II BGB,wirksamen Erklärung zustande kommt.Grundsätzlich wollen wir aber bereits mit der h.M. davon ausgehen,daß § 130 II BGB auf den Verlust einer Verfügungsbefugnis gar nicht anwendbar ist,denn die Verfügungsmacht muß noch bis zum Zugehen der verfügenden Erklärung gegeben sein.[53] Daher greift bereits § 7 KO ein.

ad bbb)Die Regelung des § 878 BGB gilt für alle außerhalb des Grundbuchs entstehenden absoluten und relativen Beschränkungen und Entziehungen der Verfügungsmacht.[54]Es fällt auf,daß § 878 BGB als Ausnahme lediglich in § 15 KO,nicht aber in § 7 KO vorgesehen ist.Das läßt sich in zweifacher Weise erklären:Die in § 878 BGB vorausgesetzte bindende Einigung des späteren Gemeinschuldners mit dem Erwerber ist bereits vor der Konkurseröffnung erfolgt.Die weiteren Erfordernisse sind unabhängig von einem Zutun des Gemeinschuldners,somit fehlt es an einer Rechtshandlung gem.§ 7 KO.Oder man kann dem § 878 BGB die Wertung entnehmen,alle wesentlichen Merkmale der bis in die Zeit nach Konkursbeginn hineinragenden Verfügung liegen bereits vor Konkurseröffnung,so daß aus diesem Grunde die Voraussetzungen des § 7 KO nicht vorliegen.Die weitergehende Wirkung des § 15 KO,

---

53)von Tuhr II 1 S.368; Jaeger KO § 7 Anm.14 m.w.N.; Jaeger-Lent KO § 7 Anm.14; Mentzel-Kuhn KO § 7 Anm.18; Soergel-Hefermehl § 130 Anm.28; Erman-Westermann § 130 Anm.15; vgl. auch BGHZ 27,366

54)Palandt-Degenhart § 878 Anm.2c,3a,b m.w.N.

der nicht die Rechtshandlungen selbst,sondern erst den nachfolgenden Erwerb vereiteln will,läßt sich durch § 878 BGB jedenfalls direkt nicht ausschalten.[55] Daher war es erforderlich,§ 878 BGB im Rahmen des § 15 KO als Ausnahme ausdrücklich aufzuführen.

Für den zwischen den eben erörterten Fällen aaa) und bbb) anzusiedelnden Ausgangsfall ergibt sich danach folgende Lösung: Auszugehen ist von der herrschenden Meinung,die § 153 BGB auf den Verlust der Verfügungsbefugnis des Antragenden analog anwendet.[56] Dann ist der Entzug der Verfügungsmacht,wie die Konkurseröffnung über das Vermögen des Antragenden,entsprechend § 153 BGB unschädlich,falls der Antrag bereits vor Konkursbeginn zugegangen ist.§ 7 KO kann ebenso wie im Falle des § 878 BGB nicht eingreifen.[57] Jedoch hilft hier,im Gegensatz zum Erwerb nach Bindung gem. § 878 BGB,die Schranke des § 15 KO.Diese läßt ausdrücklich nur § 878 BGB,nicht aber § 153 BGB,als Ausnahme zu.

Abschließend ist zur Abgrenzung zwischen § 7 KO und § 15 KO festzuhalten: Im Konkurs des Antragenden scheitert dessen Erklärung bereits an § 7 KO,wenn sie noch nicht zugegangen ist.§ 130 II BGB ist nicht entsprechend anwendbar.Fällt der Antragende erst nach Zugang,aber noch vor Annahme der Erklärung in Konkurs, so greift § 7 KO nicht ein,falls man mit der h.M. den § 153 BGB entsprechend anwendet.Hier steht jedoch § 15 KO entgegen.Nur im Sonderfall des § 878 BGB läßt § 15 S.2 KO noch einen nachträglichen Rechtserwerb zu.Im Rahmen dieser Abgrenzung darf man nicht vergessen,daß § 15 KO nur das Zustandekommen dinglicher Verträge, nicht aber schuldrechtlicher Vereinbarungen[58],verhindert.

---

55)vgl.Jaeger-Lent KO § 15 Anm.38

56)Palandt-Heinrichs § 153 Anm.1; Erman-Hefermehl § 153 Anm.5; RGRK-Krüger-Nieland § 153 Anm.3

57)Das übersehen Krüger-Nieland in RGRK aaO. und Erman-Hefermehl aaO.,wenn sie dennoch § 7 KO anwenden.

58)Hier hilft regelmäßig § 3 KO, vgl.oben S.12,13

b) § 14 KO

Die Vorschrift des § 14 KO verbietet Vollstreckungsmaßnahmen zugunsten einzelner Konkursgläubiger während des Konkursverfahrens.Dieses Verbot ist eine Folge des Grundsatzes der Gleichstellung aller Konkursgläubiger.[59] Es gilt aber nur für Konkursgläubiger hinsichtlich ihrer Konkursforderungen.[60] Zwangsvollstreckungen und Arrestvollziehungen,die ein Nichtkonkursgläubiger in Gegenstände der Konkursmasse bewirkt,fallen dagegen unter § 15 KO.[61] So hindert § 15 KO beispielsweise den Erwerb eines Pfändungspfandrechts oder einer Zwangshypothek durch Gläubiger von unanmeldbaren Ansprüchen,die erst nach Konkursbeginn entstanden oder gem.§§ 3 II, 5 II, 63 KO von der Teilnahme am Konkursverfahren ausgeschlossen sind.[62] Demnach betrachtet auch die Literatur allgemein den § 15 KO als Ergänzung des § 14 KO.[63]

Im Unterschied zu § 14 KO führt § 15 KO jedoch nicht dazu,daß die Vollstreckungsmaßnahmen selbst bereits unzulässig sind.Vielmehr hindert § 15 KO nur den daraus folgenden Rechtserwerb.Daher ist es dogmatisch sauberer,wenn man dem Konkursverwalter nur den Rechtsbehelf des § 771 ZPO gibt,nicht aber außerdem noch,wie im Fall des § 14 KO,die Einrede aus § 766 ZPO.[64]

---

59)Motive II S.18; Jaeger-Lent KO § 14 Einl.; Mentzel-Kuhn KO § 14 Anm.1

60)Jaeger-Lent KO § 14 Anm.3,4; Mentzel-Kuhn KO § 14 Anm.14; Böhle-Stamschräder KO § 14 Anm.1

61)Jaeger-Lent KO § 14 Anm.4, § 15 Anm.4; Mentzel-Kuhn KO § 14 Anm.14

62)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.4

63)Jaeger-Lent aaO.; Mentzel-Kuhn § 15 Anm.1; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.1

64)zu den Rechtsbehelfen bei § 14 KO vgl. Jaeger KO § 14 Anm.22

c) § 55 Nr.1 und Nr.2 KO

Grundsätzlich sind Gläubiger im Konkurs zur Aufrechnung befugt,soweit sie nach den Vorschriften des BGB dazu berechtigt sind.[65] Das ergibt sich aus § 53 KO.Dieser Grundsatz wird einerseits durch § 54 KO erweitert,andererseits aber mit Rücksicht auf das Gebot der Gleichbehandlung aller Konkursgläubiger[66] durch § 55 KO erheblich eingeschränkt. Gem.§ 55 Nr.1 und Nr.2 KO [67] muß die Gegenseitigkeit der Forderungen schon bei Konkurseröffnung bestehen.Die Aufrechnung ist danach unzulässig,wenn das Aufrechnungsrecht erst später erworben wurde. § 55 KO soll Manipulationen zum Nachteil der Konkursmasse,zum Beispiel durch billigen Ankauf von Konkursforderungen,verhindern.[68] Hiermit verfolgt die Vorschrift einen dem § 15 KO entsprechenden Schutzzweck.[69] Denn das Aufrechnungsrecht gewährt dem Gläubiger eine dem bloßen Absonderungsrecht, dessen nachträgliche Begründung § 15 KO verhindert, mindestens ebenbürtige Befriedigungsmacht.[70]

Ein Unterschied zwischen diesen beiden Schutznormen besteht jedoch in der Rechtsfolge.Der Konkursverwalter kann nach ganz h.M.[71] die Wirkung des § 55 KO weder durch Genehmigung noch durch Vereinbarung auf-

---

65)Jaeger-Lent KO Einl.zu § 53; Mentzel-Kuhn KO § 53 Anm.1

66)Jaeger-Lent KO Einl.zu § 53, § 55 Anm.8; Börner NJW 1961,1508; Lippok Diss. S.104

67)§ 55 Nr.3 KO ergänzt den § 30 KO und bleibt daher im Zusammenhang mit § 15 KO außer Betracht.

68)Lippok Diss. S.103 ff.

69)Jaeger-Lent KO § 55 Anm.1; Böhle-Stamschräder KO § 55 Anm.1; Börner NJW 1961,1508; Pagenstecher § 62 II Fn.20

70)Jaeger-Lent KO § 55 Anm.1

71)Jaeger-Lent KO § 55 Anm.2; Mentzel-Kuhn KO § 55 Anm.4; Böhle-Stamschräder KO § 55 Anm.1; Lippok Diss. S.104 m.w.N.;--- a.A. Wolff § 55 Anm.2

heben.§ 55 KO enthält zwingendes Recht.Diesen nicht ganz einsichtigen Unterschied zu § 15 KO begründet man damit,eine entsprechende Bewilligung des Konkursverwalters widerstreite als Begünstigung eines Gläubigers vor anderen dem Konkurszweck.Daher liege sie außerhalb der Verfügungsmacht des Verwalters.[72] Das ist allerdings wenig überzeugend.Denn auch im Rahmen des § 15 KO darf der Konkursverwalter nur innerhalb der Grenzen seiner Verfügungsbefugnis genehmigen.Daher erscheint es sinnvoller,auch im Bereich des § 55 KO nicht die Genehmigung schlechthin,sondern nur die dem Konkurszweck widerstreitende Bewilligung oder Vereinbarung auszuschließen.

2. Ergänzungsvorschriften

a) §§ 29 ff.KO

Die Anfechtungsregeln der §§ 29 ff.KO verfolgen den Zweck,gewisse bereits vor Konkurseröffnung vorgenommene Verkürzungen der Masse,auch Vermehrungen der Passivmasse[73],wieder zu beseitigen.[74] Sie dehnen also den Schutz der Konkursgläubiger auf die Zeit vor Konkursbeginn aus und ergänzen insoweit die §§ 7 und 15 KO.

aa)Die Rechtsfolge "den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" (§ 29 KO) ist aber nach h.M. streng von den gleichlautenden Folgen in § 7 und § 15 KO zu unterscheiden.[75] Die Verweisung in § 29 KO "unwirksam nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen" ist gerade im Hinblick auf § 37 KO nach h.M.[76] so zu verstehen,daß der Erwerber lediglich schuldrechtlich gehalten ist,die Rechtsänderung rückgängig zu machen. Dieser schuldrechtliche Anspruch entstehe,sobald einer der gesetzlichen Anfechtungstatbestände verwirk-

---

72)so Jaeger-Lent aaO.

73)vgl.Mentzel-Kuhn KO § 29 Anm.1; insoweit geht der Schutzbereich über den des § 15 KO hinaus,vgl.S.11

74)Jaeger-Lent KO § 29 Anm.1; Mentzel-Kuhm KO § 29 Anm.1; Böhle-Stamschräder KO § 29 Anm.1

75)Einzelheiten bei Jaeger KO § 29 Anm.11

76)Jaeger aaO.; Jaeger-Lent KO § 29 Anm.3; Mentzel-Kuhn KO § 29 Anm.1; Böhle-Stamschräder aaO.

licht sei.[77] Die dingliche Rechtsstellung des Erwerbers bleibt danach im Gegensatz zu § 15 KO unverändert. Der Anfechtungsanspruch stellt daher im Konkurs des Anfechtungsgegners nach h.M. nur eine Konkursforderung dar.[78]

Demgegenüber besagt eine vordringende, zunächst von Paulus[79], dann gerade von Gerhardt[80] mit Berufung auf das Prinzip der Eingriffskondiktion vertretene Auffassung: Der gesamte Erwerb des Anfechtungsgegners sei den Konkursgläubigern gegenüber haftungsrechtlich unwirksam. Sofern das Erworbene noch gegenständlich vorhanden sei, bleibe der unmittelbare Zugriff auf das Erlangte möglich. Nur in den übrigen Fällen habe der Ausgleich schuldrechtlich zu erfolgen.[81] Der primär auf Herausgabe des Anfechtungsguts gerichtete Anspruch führt nach dieser Ansicht im Konkurs des Anfechtungsgegners zu einem Aussonderungsrecht.[82] Diese sehr zu beachtende und auch von Larenz[83] begrüßte Lehre macht die kaum einsichtige Unterscheidung der h.M. im übereinstimmenden Gesetzeswortlaut der §§ 7, 15 und des § 29 KO entbehrlich. Wie die in den §§ 7 und 15 KO normierte Unwirksamkeit durch den Konkurszweck begrenzt ist, so ist die gem. § 29 KO eintretende Unwirksamkeit entsprechend der Zielrichtung der Anfechtungsvorschriften auf die Haftungsfunktion beschränkt.[84]

bb) Durch die Regelung des § 42 KO sind auch gewisse Handlungen, die ausnahmsweise nach Konkurseröffnung gegenüber den Konkursgläubigern wirksam sind, der Anfechtung unterworfen.[85] Hier geht es insbesondere

---

77) RGZ 133,48; Böhle-Stamschräder KO § 29 Anm.1

78) Jaeger-Lent KO § 29 Anm.4,5

79) Paulus AcP 155,277 ff.

80) Gerhardt, Gläubigeranfechtung S.273 ff.; vgl. auch Costede-Kaehler ZZP 84,395 ff.

81) Gerhardt aaO.S.274

82) Gerhardt aaO.S.334 f.; Paulus aaO.S.346 ff; auch Costede-Kaehler aaO.S.414-416

83) Larenz BGB AT § 29 Va a.E.

84) Gerhardt aaO.S.274

85) Jaeger-Lent KO § 29 Anm.2

um die in den §§ 7 I und 15 S.2 KO genannten Ausnahmen.Über § 42 KO muß man unseres Erachtens aber auch alle übrigen Tatbestände den Anfechtungsregeln aussetzen,wenn sie trotz § 15 KO wirksam werden.Bei den meisten dieser noch zu erörternden Fälle werden allerdings die in den §§ 30-32,40 KO genannten Voraussetzungen fehlen.Grundsätzlich darf jedoch die Anwendbarkeit der §§ 30-32,40 KO nicht an der engen Fassung des § 42 KO scheitern.Sonst würde ein vor Konkursbeginn bestehender Schutz gem.§§ 29 ff.KO später gerade durch die Regelung des § 42 KO aufgehoben.In dieser Hinsicht kommen die §§ 29 ff.KO über die Brücke des § 42 KO auch als "Parallelvorschriften" neben § 15 KO in Betracht.[86)]

cc)Allgemeine Voraussetzung aller Anfechtungstatbestände ist eine objektive unmittelbare bzw. mittelbare Gläubigerbenachteiligung.[87)] Wie oben[88)] gezeigt, greift dagegen § 7 KO zum "Schutz" der Konkursgläubiger auch ein,wenn keine Benachteiligung vorliegt,während im Rahmen des § 15 KO zumindest eine Interessenverletzung gegeben sein muß.

b) §§ 106,113 KO i.V.m.§§ 135,136 BGB

Zwischen dem Konkursantrag und der Entscheidung über die Konkurseröffnung kann das Konkursgericht gem.§ 106 KO einstweilige Anordnungen treffen.Dies geschieht, um die Masse vor Rechtshandlungen des Gemeinschuldners und Vollstreckungsmaßnahmen einzelner Gläubiger zu schützen,im Interesse der Gesamtheit der Konkursgläubiger.[89)]

---

86)zur Unterscheidung zwischen "Ergänzungsvorschriften" und "Parallelvorschriften" vgl.oben S.20

87)Motive II S.114f.; Jaeger KO § 29 Anm.40; Jaeger-Lent KO § 29 Anm.26 ff.; Böhle-Stamschräder KO § 29 Anm.12; Mentzel-Kuhn KO § 29 Anm.19 ff.

88)s.oben S.18,19

89)Jaeger-Weber KO § 106 Anm.3; Mentzel-Kuhn KO § 106 Anm.1

Die wirksamste Maßnahme zur Sicherung der Masse ist der Erlaß eines allgemeinen Veräußerungsverbots an den Schuldner.Der Rechtserwerb soll dann nach Lent und Kuhn dem Erwerb nach Konkurseröffnung gleichstehen.[90] Diese Gleichstellung,die praktisch eine uneingeschränkte Ergänzung der §§ 7 und 15 KO bedeuten würde,läßt sich jedoch im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen nicht halten:So fällt ein allgemeines Veräußerungsverbot (§ 106 KO) unter § 136 BGB.Verstöße sind folglich gem.§ 135 BGB lediglich relativ unwirksam[91],nicht aber absolut unwirksam wie im Bereich der §§ 7 und 15 KO.[92] Das hat besonders beim gutgläubigen Erwerb erhebliche Folgen:§ 135 II BGB ermöglicht im Unterschied zu den §§ 7 und 15 KO nicht nur den gutgläubigen Liegenschaftserwerb (§§ 892,893 BGB),sondern auch den gutgläubigen Fahrniserwerb.[93] Selbst die öffentliche Bekanntmachung,die zwar nicht vorgeschrieben (wie bei der Konkurseröffnung gem.§ 111 KO),aber zu empfehlen ist[94],schließt den guten Glauben nicht aus.[95] In dieser Hinsicht bestehen also noch beträchtliche Unterschiede zwischen der Wirkung eines allgemeinen Veräußerungsverbots (§ 106 KO) und der Konkurseröffnung (§§ 7,15 KO).[96]

---

90)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.13; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.8. Bei Jaeger KO § 15 fehlt in der entsprechenden Anm.15 (klugerweise) diese verwirrende Gleichstellung.Der Zusatz wurde erst von Lent eingeführt.

91)Mentzel-Kuhn KO § 106 Anm.4; Jaeger-Weber KO § 106 Anm.4 und Jaeger KO § 106 Anm.4 scheinen den Unterschied zu § 7 KO zu verwischen,vgl. deren Hinweis auf § 7 Anm.8.

92)vgl.oben S.15-19

93)Jaeger-Weber KO § 106 Anm.8; Jaeger Lehrbuch S.33; Mentzel-Kuhn KO § 106 Anm.5; Bley VglO § 62 Anm.19

94)Jaeger-Weber KO § 76 Anm.1

95)Jaeger-Weber KO § 106 Anm.8,3; Mentzel-Kuhn KO § 106 Anm.3,5;

96)Ob und warum diese Unterschiede gerechtfertigt sind,wollen wir später im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs gegenüber § 15 KO erörtern.

Im übrigen sind viele Gemeinsamkeiten festzustellen: Der Konkursverwalter kann auch beim Verstoß gegen § 106 KO verbotswidrig erworbene Gegenstände als Massebestandteile und Eigentum des Gemeinschuldners verfolgen.Er hat die Möglickeit,sie aus der Konkursmasse des Erwerbers auszusondern oder sie einer Pfändung durch Gläubiger des Erwerbers auf dem Wege der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) zu entziehen.[97] Weiterhin ist der Verwalter imstande,der verbotswidrigen Verfügung durch nachträgliche Genehmigung rückwirkend Wirksamkeit zu verleihen.[98] Schließlich beeinträchtigt das Veräußerungsverbot gem.§ 106 KO Verpflichtungsgeschäfte ebensowenig wie die Regelung des § 15 KO.[99] Streitig ist noch die Frage,ob der gutgläubig leistende Drittschuldner wie im Konkurs gem. § 8 KO (analog) zu schützen ist,oder ob er sich,wie allgemein bei Verboten gem.§§ 135,136 BGB auf § 407 BGB berufen kann.[100] Ein anderer Streit ist mittlerweile entschieden:Die gem.§ 113 KO erforderliche Eintragung des Veräußerungsverbots im Grundbuch bewirkt ebenso wie die Konkurseröffnung eine sogenannte absolute Grundbuchsperre.[101]

c) §§ 62,63 VglO i.V.m. § 103 VglO

Bereits im Konkursabwendungsverfahren (Vergleichsverfahren) sind gegenüber dem Schuldner gem.§§ 58 ff. VglO Verfügungsbeschränkungen möglich,die gem.§ 103

---

97)Jaeger-Weber KO § 106 Anm.7

98)Jaeger-Weber aaO.

99)Jaeger-Weber KO § 106 Anm.5; vgl.oben S.11-13

100)vgl.Jaeger-Weber KO § 106 Anm.8 m.w.N.

101)Jaeger-Weber KO § 106 Anm.11; Mentzel-Kuhn KO § 106 Anm.4;--a.A.früher Predari LZ 1907,459

Vgl0 im Anschlußkonkurs als zugunsten der Konkursgläubiger angeordnet gelten.[102] Zu unterscheiden sind das allgemeine Veräußerungsverbot gem.§ 62 Vgl0 und das spezielle Veräußerungsverbot gem.§ 63 Vgl0. Ebenso wie die Konkurseröffnung ist auch das Verbot des § 62 Vgl0 öffentlich bekannt zu machen (§ 60 II Vgl0) und ins Grundbuch einzutragen (§ 61 Vgl0).Gutgläubiger Fahrniserwerb ist grundsätzlich ausgeschlossen.§ 62 III Vgl0 läßt lediglich wie § 7 I KO und § 15 S.2 KO gutgläubigen Liegenschaftserwerb zu.[103] Bei einem Verbot gem.§ 63 Vgl0 dagegen erfolgt zwar keine öffentliche Bekanntmachung[104],jedoch Eintragung ins Grundbuch (§ 63 II i.V.m. § 61 Vgl0).Gutgläubiger Erwerb beweglicher Sachen ist im Rahmen der sinngemäß geltenden Gutglaubensvorschriften möglich (§ 63 III S.2 Vgl0).[105] Es zeigt sich also,daß die Wirkungen des § 62 Vgl0 mit denen einer Konkurseröffnung (§§ 7,15 KO) vergleichbar sind.Das Verbot des § 63 Vgl0 ähnelt dagegen eher in seinen Rechtsfolgen dem allgemeinen Veräußerungsverbot des § 106 KO.

Als Begründung für den unterschiedlichen Schutz des gutgläubigen Mobiliarerwerbs führt Baur[106] an:Das Verbot des § 63 Vgl0 werde nicht öffentlich bekannt gemacht,sondern nur dem Schuldner und dem Vergleichsverwalter zugestellt.Dann bleibt aber unerklärlich, weshalb nach einem Verbot gem.§ 106 KO trotz Veröffentlichung gutgläubiger Fahrniserwerb möglich ist.[107]

---

102)Jaeger-Weber KO § 106 Anm.15; Mentzel-Kuhn KO § 7 Anm.25

103)Bley Vgl0 § 62 Anm.19

104)Bley Vgl0 § 63 Anm.1; Vogels-Nölte Vgl0 § 63 Anm.2; Schönke-Baur § 73 II; Hier besteht ein Unterschied zu § 106 KO,der öffentliche Bekanntmachung zuläßt,aber nicht verlangt (vgl.oben S.30)

105)Mentzel-Kuhn KO § 7 Anm.25; Bley Vgl0 § 62 Anm.2c, § 63 Anm.9

106)Schönke-Baur § 73 II

107)vgl.zu § 106 KO oben S.30

Allein die öffentliche Bekanntgabe kann also nicht den guten Glauben ausschließen.[108] Vielmehr dürfte sie auch beim erwerbenden Gläubiger ebenso wie beim Drittschuldner zunächst nur zur Vermutung der Kenntnis (vgl.§ 8 III KO, § 62 IV VglO) und somit zur Umkehr der Beweislast führen.[109] Auch vermag die Fiktion des § 119 IV VglO,wonach die öffentliche Bekanntmachung als Zustellung an die Beteiligten gilt,nicht die Kenntnis zu ersetzen.[110] Trotz dieser Vorschrift, die dem § 76 III KO entspricht,behält die Einzelzustellung insofern Bedeutung,als durch sie der Beweis der Kenntnis ihres Inhalts gegen den Zustellungsempfänger geführt werden kann.[111]

Unseres Erachtens läßt sich der grundsätzliche Ausschluß des gutgläubigen Mobiliarerwerbs im Rahmen des § 62 VglO im Gegensatz zu § 63 VglO nur erklären,wenn man die Interessen der zu schützenden Gläubiger und die damit verbundenen Verbotsvoraussetzungen vergleicht: Beim Verbot gem.§ 62 VglO besteht eine erhebliche Verdichtung der Interessen der Vergleichsgläubiger (später Konkursgläubiger).Das zeigt sich darin,daß ein Gericht das Verbot des § 62 VglO,anders als das des § 63 VglO,erst ausspricht,wenn es ihm angebracht erscheint,daß der Vergleichsverwalter bei der Verwaltung mitwirkt.[112] Dies geschieht nur in ungewöhnlichen Ausnahmefällen,da es praktisch dem Schuldner die Fortführung des Geschäfts unmöglich macht.[113] Dementsprechend stark muß zu diesem Zeitpunkt auch die Gefährdung der Gläubiger und das Bedürfnis nach Schutz vor der Veräußerung beweglicher

---

108)Mentzel-Kuhn KO § 106 Anm.5; Jaeger-Weber KO § 106 Anm.8; -- anders bei der Grundbucheintragung,vgl.Jaeger-Weber KO § 113 Anm.1 und Mentzel-Kuhn KO § 113 Anm.1

109)vgl.Bley VglO § 62 Anm.21, § 119 Anm.4

110)Bley VglO § 107 Anm.9b

111)Jaeger-Weber KO § 76 Anm.4; Mentzel-Kuhn KO § 76 Anm.4

112)Bley VglO § 63 Anm.1

113)Bley VglO aaO.; Vogels-Nölte VglO § 62

Sachen sein.Mit diesen Überlegungen,nicht aber mit Erwägungen hinsichtlich der öffentlichen Bekanntmachung,lassen sich die unterschiedlichen Wirkungen der Verbote gem.§§ 62 und 63 VglO gegenüber dem gutgläubigen Fahrniserwerber rechtfertigen.

Kurz sei auf die Regelung des § 62 IV VglO verwiesen:Diese schützt den Drittschuldner in beiden Fällen[114] besser als § 8 KO.Denn der Umfang der Geschäfte,welche § 62 IV VglO erfaßt,geht über den des § 8 I KO deutlich hinaus.[115]

Ähnlich wie im Konkursverfahren § 14 KO,so verbietet im Vergleichsverfahren § 47 VglO Vollstreckungsmaßnahmen einzelner Vergleichsgläubiger.[116] Den Zwangszugriff wegen solcher Ansprüche,die gem.§ 63 KO unanmeldbar sind,verhindert im Konkurs § 15 KO. Für entsprechenden Schutz sorgt im Vergleichsverfahren § 47 VglO i.V.m. § 29 VglO.[117] Anders als § 15 KO trifft das Verbot des § 47 VglO aber noch nicht einen Zugriff wegen der gem.§ 3 II KO ausgeschlossenen familienrechtlichen Ansprüche.[118]

---

114)§ 63 II S.3 VglO verweist auf § 62 IV VglO

115)vgl.Bley VglO § 62 Anm.22,23

116)Jaeger-Lent KO § 14 Anm.34; allerdings bestehen kleinere Unterschiede zu § 14 KO in Wortlaut und Umfang des § 47 VglO.

117)Jaeger-Lent KO § 14 Anm.34; zur Ergänzung der §§ 14 und 15 KO vgl.oben S.25

118)Jaeger-Lent aaO; vgl. auch oben S.25

3.Kapitel
Einordnung der Erwerbstatbestände, die § 15 KO nicht verhindern kann

In diesem Kapitel wollen wir sämtliche Erwerbstatbestände darstellen,die nach einhelliger Ansicht trotz § 15 KO wirksam werden.Die Erörterung der größeren,gerade im Rahmen des § 15 KO umstrittenen Probleme bleibt dem 4.Kapitel überlassen.Jedoch sind kleinere Randprobleme bereits hier im jeweiligen Zusammenhang mitzubehandeln.

Die Einordnung der gegenüber § 15 KO durchdringenden Tatbestände soll in drei Stufen erfolgen:Zunächst sind die schon nicht unter den Wortlaut des § 15 KO fallenden,dann die durch ausdrücklich konkursbeständige Vorschriften gedeckten und schließlich alle übrigen Fälle zu erörtern.Dabei behalten wir uns innerhalb der dritten Stufe vor,nach näherer Untersuchung einzelne Tatbestände noch einer der beiden anderen Stufen zuzuordnen.Die Anordnung der drei Stufen erfolgt zwar in erster Linie nach äußeren (formalen) Gesichtspunkten,sie dürfte aber auch bei der späteren Erörterung und Zusammenfassung der inneren (materialen) Hintergründe eine hilfreiche Stütze sein.

I.Tatbestände,die schon nicht unter den Wortlaut des § 15 KO fallen

1. Erwerb vor Konkurseröffnung

Zunächst ist dem Wortlaut des § 15 KO zu entnehmen, daß die Vorschrift die Erwerbstatbestände,deren Merkmale bereits vor Konkurseröffnung abgeschlossen waren,nicht vereiteln will.Dies ist in konkursrechtlicher Sicht unproblematisch und nach bürgerlichem Recht zu entscheiden.[1] In diesen Fällen greifen

---

1)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.13,5; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.5; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.4

allerdings oft die bereits erörterten Ergänzungsregelungen[2] ein, die den Schutz der Konkursgläubiger vorverlagern.

Fraglich ist, ob der Wortlaut des § 15 KO auch die Tatbestände schon nicht erfaßt, die in die Zeit vor Konkursbeginn zurückwirken.[3] Es handelt sich bei der sogenannten Rückwirkung einer jetzt eintretenden Tatsache auf die vorher bestehende Rechtslage lediglich um eine Verweisung auf diejenigen Rechtsfolgen, die sich auf Grund anderer Normen ergeben hätten, wenn ein früher eingetretenes Ereignis nicht oder das jetzt eingetretene Ereignis schon früher eingetreten wäre.[4] Die Rechtsfolgen selbst aber treten erst jetzt ein und nicht schon in der Vergangenheit, denn auch die rechtliche Vergangenheit läßt sich nicht durch gegenwärtige Umstände beeinflussen.[5] Derartige Rückwirkungsfiktionen können daher weder den Kausalverlauf, noch den Zeitablauf ungeschehen machen. Sie ändern nichts daran, daß die Tatbestände, an die sie anknüpfen, erst nach Konkurseröffnung rechtswirksam abgeschlossen sind und somit unter § 15 KO fallen. Betrachtet man außerdem den Zweck dieser Fiktionen, der dahin geht, Eingriffe Dritter in Rechtsbeziehungen abzuwehren[6], so wird klar, daß in der besonderen Situation des Konkurses Abwehrfunktion und Bestand jeder Fiktion gesondert zu prüfen sind und nicht ohne weiteres aus dem BGB übernommen werden können.[7] Die

---

2) vgl. oben S.20 und Einzelheiten S.27-34

3) wie zum Beispiel gem. § 142 oder § 184 BGB

4) Larenz, Methodenlehre S.190; Esser, Rechtsfiktionen S.175

5) Larenz aaO. S.190; Esser aaO. S.175; so auch von Tuhr AT II S.22, der aber ansonsten, noch befangen im kausalen Denken, den Sachverhalt als Ursache der Rechtswirkung betrachtet.

6) vgl. Esser aaO. S.181, 185 bezüglich § 142 BGB und § 389 BGB;

7) Das übersehen Lent in Jaeger-Lent KO § 15 Anm. 13a[5] und Kuhn in Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm. 12 hinsichtlich der Rückwirkungsfiktion des § 184 BGB.

Prüfung dieser Gesichtspunkte wollen wir erst später im Bereich der 3.Stufe vornehmen.[8] Hier im Rahmen der 1.Stufe möchten wir uns auf diese recht formale Argumentation beschränken und lediglich die Fälle ausscheiden,denen die weite Fassung des § 15 KO offensichtlich nicht entgegensteht.Erwerbstatbestände, die auf Grund einer Rückwirkungsfiktion in die Zeit vor Konkursbeginn verweisen,fallen also grundsätzlich unter den Wortlaut des § 15 KO.

2. Maßnahmen zum Zweck der Sicherstellung und Erhaltung bereits erworbener Rechte

Viele Maßnahmen,die lediglich der Sicherstellung oder Erhaltung bereits erworbener Rechte dienen, bleiben ebenfalls schon von der Fassung des § 15 KO unberührt.Sie gehören nicht zum Erwerbstatbestand,der bereits vor Konkurseröffnung abgeschlossen ist.Auch führen sie nicht zum Erwerb neuer oder zusätzlicher Rechte.

a) Nachträgliche Buchung,Widerspruch und Grundbuchberichtigung (§§ 894 ff.BGB)

Zum Zweck der Sicherstellung und des Schutzes vor dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist die Buchung - besonders Widerspruch und Grundbuchberichtigung - von Rechten auch noch nach Konkurseröffnung möglich,falls sich deren Erwerb ausnahmsweise ohne Eintragung im Grundbuch vollzogen hat.[9] In Betracht kommen hier ein Erwerb durch Erbfolge[10], Eintritt der Gütergemeinschaft[11] oder einer aufschiebenden Bedingung[12],sowie der Erwerb durch dingliche Surrogation in den Fällen der §§ 1075,1287 S.2 BGB oder des § 848 II ZPO.[13] Als wichtigstes

---

8)s.unten S.131-139

9)Jaeger KO § 15 Anm.8; Jaeger-Lent KO § 15 Anm.7,26, 27; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.14; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.6

10)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.7; Jaeger KO § 15 Anm.8

11)Jaeger-Lent aaO.; Jaeger aaO.

12)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.7,13; Jaeger aaO.

13)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.7,26; Hellmann S.244 Fn.7

vorläufiges Schutzmittel dient dem Erwerber zunächst der Widerspruch gem.§ 899 BGB.Entsprechendes gilt auch bei zu Unrecht gelöschten Aus- und Absonderungsrechten[14],denn das Recht besteht trotz der Löschung fort.[15] Darüber hinaus kann der Erwerber vom Konkursverwalter auch die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung und zur Wiedereintragung erzwingen.[16]

b) Beglaubigung einer privatschriftlichen Abtretungserklärung (§ 1154 I S.2 BGB),Auskunftspflicht und Urkundenauslieferung (§ 402 BGB) und Beurkundungspflicht (§ 403 BGB)

Gemäß § 1154 I S.2 BGB kann der Erwerber einer hypothekarisch gesicherten Forderung verlangen,daß der bisherige Gläubiger die privatschriftliche Abtretungserklärung öffentlich beglaubigen läßt.Diese Beglaubigung gehört nicht zum Erwerbstatbestand.Der neue Gläubiger kann sie daher noch nach Konkurseröffnung begehren.[17] Entsprechendes gilt bei der Forderungsabtretung (§§ 398 ff.BGB) für die Auskunftspflicht und das Recht auf Auslieferung der zum Beweis dienenden Urkunden gem.§ 402 BGB und die Beurkundungspflicht gem.§ 403 BGB.[18] Soweit sich allerdings das Recht,wie bei der Beglaubigung,gegen den Gemeinschuldner persönlich richtet[19],ist bereits aus diesem Grunde für § 15 KO kein Raum.[20] Falls der Erwerber,wie beispielsweise im Rahmen des § 402 BGB denkbar,auch den Konkursverwalter in Anspruch nimmt,kann § 15 KO seinem Wortlaut nach (kein Erwerb) nicht eingreifen.

---

14)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.27; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.15

15)RGZ 62,100; 73,174; 82,22

16)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.27; Jaeger KO § 15 Anm.27

17)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.14; Jaeger KO § 15 Anm.16

18)Jaeger-Lent KO § 3 Anm.10; Jaeger KO § 3 Anm.10

19)Jaeger-Lent aaO.

20)Rechtshandlungen des Gemeinschuldners sind bereits nach § 7 KO unwirksam,falls die Konkursmasse berührt ist.Zur Abgrenzung zwischen § 15 KO und § 7 KO vgl. oben S.20-24

c) Sicherstellende und rechtserhaltende Maßnahmen des Pfandgläubigers

Um das weiterbestehende Pfandrecht zu erhalten,ist der Vertragspfandgläubiger berechtigt,den unfreiwillig verlorenen Pfandbesitz wiederzuerlangen (§§ 1227, 1253 BGB)[21].Das gleiche gilt für den Vermieter,dem ein gesetzliches Vermieterpfandrecht gem.§ 559 BGB zusteht.Dieser kann die aus der Wohnung entfernten Sachen des Mieters zum Zwecke der Zurückschaffung herausverlangen (§§ 560,561 BGB).[22]

d) Maßnahmen des Pfändungspfandgläubigers

aa)Werden Pfandmarken oder Pfandzeichen durch Zufall oder unbekannte Dritte entfernt oder unkenntlich gemacht,so bleibt das Absonderungsrecht bestehen.Der Gläubiger ist nicht gehindert,die Pfandzeichen zu erneuern oder wiederanzulegen.[23]

bb)Der Gläubiger ist ebenfalls noch im Konkurs berechtigt,sich eine bereits vor Konkurseröffnung wirksam gepfändete Forderung zur Einziehung überweisen zu lassen (§ 835 ZPO).Sind Pfändungs- und Überweisungsbeschluß nicht verbunden worden,so ist das Absonderungsrecht schon mit jener Pfändung zustandegekommen (§§ 804,829 III ZPO, § 49 Nr.2 KO).[24] Eine sogenannte außergerichtliche Vorpfändung allerdings reicht nicht für das Zustandekommen des Absonderungsrechts.[25]

cc)Schließlich kann auch die Zustellung des Arrestbefehls gem.§ 929 III ZPO fristgemäß an den Konkursverwalter auch noch nach Verfahrensbeginn erfolgen, falls der Arrest selbst bereits vorher vollzogen wurde.Dann hatte der Gläubiger schon ein Absonderungsrecht erworben,das durch die ordnungsgemäße Nachholung der Zustellung lediglich aufrechterhalten wird.[26]

---

21)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.27, § 48 Anm.11; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.15
22)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.27; Mentzel-Kuhn aaO.
23)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.27, § 49 Anm.39
24)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.27, § 14 Anm.9
25)Jaeger Lehrbuch S.115; Jaeger-Lent KO § 14 Anm.14[1]
26)Jaeger-Lent KO § 14 Anm.14[2]; Mentzel-Kuhn KO § 14 Anm.13

Auch wenn der Arrest durch vorläufig vollstreckbare Entscheidung aufgehoben wurde (§ 708 Nr.5 ZPO),bleibt noch eine Bestätigung des Arrests durch den höheren Richter möglich.[27)]

dd)Streit besteht über den Zeitpunkt der Pfandrechtsentstehung bei der sogenannten Halmpfändung (§§ 804, 810 ZPO).[28)]Nach einer Ansicht vollzieht sich die Pfändung und damit der Pfandrechtserwerb bereits mit dem Zugriff im Wege des § 808 II ZPO durch Pfandtafel, Anschlag oder sogar Hüterbestellung.[29)] Danach sind die §§ 804 II,810 ZPO als vollstreckungsrechtliche Sonderregel eine gesetzliche Ausnahme vom Grundsatz des § 93 BGB.Die Gegenansicht beruft sich gerade auf diesen Grundsatz und meint,das Pfändungspfandrecht könne erst mit der Trennung der Früchte entstehen.[30)] Mit der Pfändung aber erwerbe der Gläubiger bereits ein Anwartschaftsrecht.Dessen Erstarkung zum dinglichen Pfandrecht könne auch § 15 KO nicht vereiteln.[31)] Folgt man der ersten Ansicht,so steht § 15 KO schon seinem Wortlaut nicht entgegen:Der Erwerb des Pfändungspfandrechts ist bereits vor Konkurseröffnung abgeschlossen,die Ernte dient nur der Sicherung und Erhaltung dieses Rechts.Überzeugender erscheint diese Meinung besonders,wenn man mit Jaeger[32)] argumentiert: § 93 BGB müsse,wenn er hier schon gegenüber der Sonderregel des § 810 ZPO Bestand haben solle,jeden dinglichen Erwerb,also auch den einer dinglichen Anwartschaft verhindern.Eine andere Anwartschaft aber könne nicht konkursfest sein.Inwieweit auch Anwartschaftsrechte gegenüber § 15 KO durchdringen,werden wir im

---

27)Jaeger-Lent KO § 14 Anm.14[2]; Jaeger KO § 14 Anm.14

28)zur Problematik vgl.Henckel,Prozeßrecht S.334 Fn. 86 m.w.N.

29)Jaeger KO § 49 Anm.37; Stein-Jonas-Schönke-Pohle (ab 17.A.) ZPO § 810 Anm.I 1; Wieczorek ZPO § 810 Anm.III

30)Lent in Jaeger-Lent KO § 49 Anm.37[2]; Henckel aaO.

31)Lent in Jaeger-Lent aaO.

32)Jaeger KO § 49 Anm.37

Zusammenhang mit § 161 BGB unten[33] erörtern.

ee) Bei allen Maßnahmen des Pfändungspfandgläubigers ist immer die Abgrenzung zwischen § 14 und § 15 KO[34] zu beachten. Falls der Vollstreckungsgläubiger Konkursgläubiger ist, steht bereits der grundsätzlich anwendbare § 14 KO nicht entgegen.[35] § 15 KO kommt dann gar nicht in Betracht. Andernfalls entfällt § 15 KO, da es sich lediglich um rechtserhaltende Maßnahmen handelt.

e) Aufrechterhaltung der hypothekarischen Haftung (§§ 1120 ff. BGB)

Für die Hypothekengläubiger besteht die Gefahr, daß der Konkursverwalter von seiner Befugnis, für Rechnung der Konkursmasse mithaftende Gegenstände aus dem Pfandverband zu lösen (§§ 1120 ff. BGB), Gebrauch macht. Entsprechendes gilt von der Einziehung von Miet- und Pachtzinsen durch den Verwalter. Zur Wahrung ihres Absonderungsrechts sind die Gläubiger auch nach Konkurseröffnung noch befugt, die erforderliche Beschlagnahme zu erwirken. Unbeachtet des Streits, auf welchem Wege sie in den verschiedenen Fällen vorzugehen haben, kann § 15 KO auch diese Maßnahmen nicht verhindern.[36]

f) Beschlagnahme gem. § 121 AbgO

Gemäß § 121 I S. 1 AbgO haften steuerpflichtige Erzeugnisse und zollpflichtige Waren ohne Rücksicht auf Rechte Dritter für den Betrag der auf ihnen ruhenden Steuern. Die Haftung entsteht gem. § 121 II AbgO bei steuerpflichtigen Erzeugnissen mit Beginn ihrer Herstellung und bei zollpflichtigen Waren mit Über-

---

33) unten S. 60 ff. (63)
34) zur Abgrenzung vgl. oben S. 25
35) Jaeger-Lent KO § 14 Anm. 14[2], § 49 Anm. 39
36) Jaeger-Lent KO § 15 Anm. 27, § 14 Anm. 10

schreitung der Zollgrenze.[37] Gemäß § 121 I S.2 AbgO kann das Finanzamt die Erzeugnisse und Waren mit Beschlag belegen,solange die Steuer noch nicht entrichtet ist.Die Beschlagnahme bezweckt lediglich,die Durchführung der Sachhaftung sicherzustellen.Das geschieht zum Beispiel durch Inbesitznahme oder Erlaß eines Verfügungsverbots.[38] Im Konkurs steht auch § 15 KO nicht entgegen,denn die Beschlagnahme dient nur der Aufrechterhaltung des bereits bestehenden Absonderungsrechts.[39] Deshalb ist sie von einer Pfändung im Rahmen einer echten Zwangsvollstreckung streng zu unterscheiden.[40] Soweit jedoch das Absonderungsrecht selbst,hier also die Sachhaftung gem.§ 121 II AbgO,erst nach Konkurseröffnung entsteht,ist § 15 KO seinem Wortlaut nach anwendbar. Dieser Fall ist deshalb später[41] im Rahmen der dritten Stufe zu erörtern.

3. Erwerb von nicht zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen

Dem Wortlaut des § 15 KO ist eindeutig zu entnehmen, daß die Vorschrift nur den Erwerb von Rechten an Gegenständen verhindern soll,die zur Konkursmasse gehören.Was zur Konkursmasse zu zählen ist,ergibt sich aus den §§ 1,2 KO und kann im Einzelfall sehr streitig sein.Eine Erörterung würde über das Ziel dieser Arbeit hinausgehen.Festzuhalten ist aber zunächst: § 15 KO kann grundsätzlich nicht das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners erfassen.[42] Ebenso

---

37)Insofern ist § 121 AbgO eine Ausweitung des in § 49 I Nr.1 KO bezeichneten Absonderungsrechts, vgl.Mentzel-Kuhn KO § 49 Anm.2 und Böhle-Stamschräder KO § 49 Anm.2

38)vgl.Jaeger-Lent KO § 49 Anm.1; Böhle-Stamschräder KO § 49 Anm.2; Hübschmann-Spitaler AbgO § 121 Anm.3; Tipke-Kruse AbgO § 121 Anm.2

39)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.9, § 49 Anm.1; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.16, § 49 Anm.2

40)vgl.Jaeger-Lent KO § 49 Anm.1

41)s.unten S.126-128

42)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.12; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.2

betrifft die Vorschrift nicht Rechte an Gegenständen, die zum Vermögen eines Dritten gehören.Das gilt auch dann,wenn der Gemeinschuldner einen forderungsrechtlichen Anspruch auf Übereignung hat,der in die Masse fällt.[43)]

Nicht zur Konkursmasse zählt der Anspruch eines bezugsberechtigten Dritten gegen den Versicherer aus einem Versicherungsvertrag (z.B.Lebensversicherung), den der Gemeinschuldner zu dessen Gunsten abgeschlossen hat: War der Vertrag zugunsten des Dritten unwiderruflich,so gehört der auf den Tod des versicherten Gemeinschuldners betagte Anspruch bereits mit dem Vertragsschluß zum Vermögen des Dritten,spätestens aber mit dessen Bezeichnung als Berechtigter.[44)] Bei Widerruflichkeit entsteht der Anspruch erst mit dem Tode des versicherten Gemeinschuldners.Er fällt jedenfalls dann in das Vermögen des Dritten,wenn der Konkurs erst über den Nachlaß eröffnet wird.[45)] Gerät der Versicherte zu Lebzeiten in Konkurs,so kann der Konkursverwalter gem.§ 6 KO an Stelle des Versicherten einseitig widerrufen und die Versicherung für die Masse fortsetzen.[46)] Der Anspruch gegen den Versicherer fällt dann in die Konkursmasse,der Dritte hatte vorher lediglich eine Hoffnung auf Erwerb.[47)] Wenn der Konkursverwalter nicht widerruft,soll sich diese Erwerbsaussicht nach Jaeger und Lent[48)] noch unberührt durch § 15 KO zum Vollrecht entwickeln können.Sie meinen,der Dritte habe vorher eine sogenannte Anwartschaft.Das erscheint uns allerdings sehr problematisch.Eine konkursfeste Anwartschaft gegenüber der

---

43)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.12; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.2; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.3

44)Jaeger-Lent KO § 1 Anm.57a; Mentzel-Kuhn KO § 1 Anm.71; RGZ 71,327; 80,177.

45)Jaeger-Lent aaO.; Mentzel-Kuhn aaO; RGZ 128,190

46)allgemeine Ansicht, vgl.Jaeger-Lent aaO. und Mentzel-Kuhn aaO.

47)Mentzel-Kuhn aaO.; RGZ 51,404

48)Jaeger KO § 15 Anm.15, § 1 Anm.56; Jaeger-Lent KO § 15 Anm.13a(6)

Masse hat der nur widerruflich Berechtigte wohl kaum.In Wahrheit ist der Anspruch auf die Versicherungssumme niemals Bestandteil des Vermögens des Versicherten gewesen.[49] Deshalb gehört er auch nicht zur Konkursmasse.§ 15 KO kann schon aus diesem Grunde nicht eingreifen.

4. Zusammenfassung

Der Wortlaut des § 15 KO erfaßt nicht die Tatbestände,welche sich bereits vor Konkurseröffnung vollendet haben (1).Dabei sind reine Rückwirkungsfiktionen auszunehmen.Deren Konkursbeständigkeit ist später im Rahmen der dritten Stufe zu prüfen.Keinen Erwerb im Sinne des § 15 KO stellen die Maßnahmen dar,die lediglich der Sicherstellung und Erhaltung bereits bestehender Rechte dienen (2).Davon sind jedoch die Maßnahmen zu unterscheiden,in deren Verlauf neue Rechte entstehen.Schließlich kann § 15 KO nur den Erwerb von Gegenständen der "Konkursmasse" vereiteln, nicht aber von Gegenständen,die in das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners oder in das Vermögen Dritter fallen (3).

Wir haben hier nur die eindeutig nicht vom Wortlaut des § 15 KO erfaßten Fallgruppen aufgeführt.Inwieweit beispielsweise gesetzliche Entwicklungen bereits bestehender Rechte durch dingliche Surrogation oder durch Erweiterung des Haftungsgegenstandes (§§ 1120 ff.BGB) noch als "Erwerb" im Sinne des § 15 KO zu betrachten sind,ist später zu erörtern.

---

49)Das kommt nur bei Mentzel-Kuhn (6.A.) KO § 1 Anm.68 deutlich heraus,allerdings im Zusammenhang mit der Anfechtung.

II. Tatbestände, die durch ausdrücklich konkursbeständige Vorschriften gedeckt sind

1. Erwerb durch Verfügungen des Konkursverwalters (§§ 6,17,117,134 Nr.2 KO)

Es ist selbstverständlich, daß der Konkursverwalter die verschiedensten Rechte an Massegegenständen begründen kann und muß. Ihm ist gem. § 6 KO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Konkursmasse eingeräumt. Die Verwertung der Masse (§§ 117 ff. KO) ist seine wichtigste gesetzliche Pflicht. Namentlich Verpfändungen sieht § 134 Nr.2 KO ausdrücklich vor. Die genannten Vorschriften haben Vorrang vor der Norm des § 15 KO und stellen eine nach dem Konkurszweck notwendige Begrenzung des § 15 KO dar.[50] Deshalb kann zum Beispiel ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht (§§ 369 ff. HGB) noch an einem Massegegenstand entstehen, wenn dieser mit Willen des Konkursverwalters in die Verfügungsmacht des Gläubigers gelangt ist.[51]

2. Verwirklichung von Absonderungsrechten (§ 4 II KO)

Auch Absonderungsberechtigten, die aus einzelnen Gegenständen der Konkursmasse Befriedigung suchen, steht das Verbot des § 15 KO nicht entgegen.[52] Das ergibt sich aus den §§ 4,47 ff., 221,236 KO. Man kann nicht, wie Kuhn[53], aus der Tatsache, daß § 14 KO die Pfändung durch Absonderungsberechtigte nicht vereitelt, folgern, auch § 15 KO greife nicht ein. Vielmehr soll § 15 unter anderem gerade in Ergänzung des § 14 KO die Zwangsvollstreckung auch von "Nichtkonkursgläubigern" verhindern.[54] Der eigentliche Grund für die Be-

---

50) vgl. Jaeger-Lent KO § 15 Anm.6; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.3; Jaeger KO § 15 Anm.6; P.VI S.757; bei Mentzel-Kuhn fehlt ein Hinweis auf diese Fälle.

51) vgl. Jaeger-Lent KO § 15 Anm.21

52) Jaeger-Lent KO § 15 Anm.4; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.2; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.3

53) Kuhn in Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.2; richtiger waren noch die Ausführungen bei Mentzel KO (5.A.) § 15 Anm.1

54) vgl. oben S.25 Abgrenzung zwischen § 14 und § 15 KO

grenzung des § 15 KO zugunsten der Absonderungsberechtigten findet sich in § 4 II KO.Dort ist ausdrücklich festgelegt,daß die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren erfolgt.[55] Das gilt auch,falls der Absonderungsbefugte zugleich Konkursgläubiger ist (vgl.§ 64 KO).[56] Daher können sowohl die Konkurseröffnung als auch die zugunsten der Konkursgläubiger angeordneten Schutzbestimmungen - wie der § 15 KO - nicht entgegenstehen.Der Absonderungsberechtigte soll gerade im Gegensatz zu den Konkursgläubigern kein Konkursrisiko tragen.Nach der Konzeption der Konkursordnung erhält er Vorrang vor allen einfachen Konkursgläubigern.Letztere müssen eine Verminderung der Aktivmasse hinnehmen.Nur der verbleibende Überschuß ist durch § 15 KO geschützt.

3. Ausübung einer Aufrechnungsbefugnis (§ 53 KO)

Der aufrechnungsbefugte Gläubiger kann,ohne daß § 15 KO eingreift,gem.§ 53 KO im Konkurs des Schuldners von seinem Aufrechnungsrecht Gebrauch machen,soweit er nach den Vorschriften des BGB dazu berechtigt ist.[57] § 54 KO erweitert diese Befugnis sogar noch mit Rücksicht auf die Gefährdung,die im Vermögensverfall des Schuldners liegt.Die Aufrechnung bewirkt gem.§ 389 BGB[58] nur das Erlöschen einer zur Konkursmasse gehörigen Forderung,nicht aber den Erwerb derselben. Dennoch ist unseres Erachtens dadurch der Schutzbereich des § 15 KO wenigstens in erweiternder Auslegung berührt.Daher erwähnen wir die Aufrechnung hier innerhalb der Spezialtatbestände,die gegenüber § 15 KO durchdringen.

Wie die abgesonderte Befriedigung vollzieht sich auch die Aufrechnung unabhängig vom Konkursverfahren.[59]

---

55)Einzelheiten bei Jaeger-Lent KO § 4 Anm.7-9

56)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.4, § 14 Anm.9

57)Jaeger-Lent KO § 53 Einl.; Mentzel-Kuhn KO § 53 Anm.1

58)Böhle-Stamschräder KO § 53 Anm.7

59)Jaeger-Lent KO § 53 Anm.24; Mentzel-Kuhn KO § 53 Anm.15 m.w.N.; Jaeger Lehrbuch S.125

Auch sind Streitigkeiten über Aufrechenbarkeit und Aufrechnungserfolg außerhalb des Konkursverfahrens auszutragen.[60] Daher können weder die Konkurseröffnung selbst, noch die Schutzbestimmung des § 15 KO entgegenstehen. Obwohl die zur Konkursmasse gehörige Forderung zugunsten des Gläubigers gem. § 389 BGB erlischt[61], kann man nicht sagen, der Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung werde durchbrochen[62]. Vielmehr zeigt sich in § 53 KO ebenso wie in § 4 II KO eine diesem Prinzip innewohnende Begrenzung: Das Aufrechnungsrecht gehört zwar nicht zu den Absonderungsrechten, es bildet aber eine diesen sogar überlegene Befriedigungsmacht.[63] Auch der aufrechnungsbefugte Gläubiger steht daher von vornherein mit einfachen Gläubigern nicht auf der gleichen Stufe. Ein dem § 15 KO entsprechender Schutz vor nachträglichem Erwerb der Aufrechnungsbefugnis findet sich bereits in § 55 Nr. 1 und Nr. 2 KO.[64]

4. Verwirklichung von Masseansprüchen (§§ 57 ff. KO)

Auch Massegläubiger können ihre Ansprüche verwirklichen, ohne an § 15 KO zu scheitern.[65] Die Begründungen sind allerdings teilweise recht verwirrend. So folgerte das Reichsgericht[66]: Da Massegläubiger keine Konkursgläubiger seien, könnten auch die §§ 12, 14, 15 KO nicht anwendbar sein. Zwar ist dieser Schluß, für die §§ 12 und 14 KO durchaus zwingend, denn diese gelten ausdrücklich nur für Konkursgläubiger. Anders aber ist es bei § 15 KO. Diese Vorschrift soll unter anderem auch, gerade in Ergänzung des § 14 KO, die Zwangsvollstreckung durch Nichtkonkursgläubiger verhindern.[67] Ebenso wie schon bei den Absonderungsbe-

---

60) Jaeger-Lent KO § 53 Anm. 24
61) Böhle-Stamschräder KO § 53 Anm. 7
62) so jedoch Lippok Diss. S. 104
63) Jaeger-Lent KO § 55 Anm. 1
64) Einzelheiten oben S. 26
65) Jaeger-Lent KO § 15 Anm. 4; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm. 2; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm. 3; RGZ 61, 261
66) RGZ 61, 261; ebenso im Anschluß ans RG Kuhn aaO.
67) vgl. oben S. 25

rechtigten läßt sich auch bei den Massegläubigern aus deren Stellung gegenüber § 14 KO nichts im Hinblick auf § 15 KO ableiten.Richtiger ist es,wenn man hier auf die Regelungen der §§ 57 ff. i.V.m. §§ 27,28, 224,236 KO selbst hinweist.[68] Diesen ist zu entnehmen,daß die Massegläubiger ungehindert durch die Konkurseröffnung im Erkenntnis- und auch im Zwangsverfahren gegen den Konkursverwalter vorgehen können.[69] Damit vermögen sie durchaus noch Absonderungsrechte zu begründen.[70] Die Begünstigung der Massegläubiger ist durch den Zweck des Konkurses und damit im Interesse der Konkursgläubiger selbst gerechtfertigt.Der Aufwand in Form von Massekosten oder Masseschulden dient letztlich dem gemeinsamen Wohl der Konkursgläubiger. Er ist nur möglich,wenn die Massegläubiger auf Volldeckung rechnen können.Sonst wäre niemand zum Beispiel bereit,das Verwalteramt zu übernehmen oder Rechtsgeschäfte mit dem Konkursverwalter abzuschließen.[71] Die §§ 57 ff.KO enthalten also eine innere Begrenzung des § 15 KO,welche das Konkursverfahren selbst erfordert. Diese ist eng verwandt mit den Grenzen,die dem § 15 KO bei Verfügungen des Konkursverwalters (§§ 6,17ff.KO) gezogen sind.[72] So kann beispielsweise ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht (§§ 369 f.HGB) noch im Konkurs an einem Massegegenstand entstehen,wenn die gesicherte Forderung im Geschäftsverkehr mit dem Konkursverwalter selbst (§ 59 Nr.1,2 KO) entsteht.[73]

---

68)so richtig Jaeger-Lent KO § 15 Anm.4, § 14 Anm.7

69)Jaeger-Lent KO § 14 Anm.7, § 57 Anm.10; Mentzel-Kuhn KO § 57 Anm.3; Böhle-Stamschräder KO § 57 Anm.3

70)vgl.Mentzel-Kuhn KO § 57 Anm.2, allerdings ist §127 KO anwendbar!

71)Jaeger Lehrbuch S.129

72)vgl.oben S.45

73)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.21

5. Erwerb gemäß § 15 S.2 KO i.V.m. §§ 878,892, 893 BGB, §§ 3 III,16,17 SchiffsRG

Die erste wirkliche Ausnahme zum Regelsatz des § 15 S.1 KO sieht § 15 S.2 KO selbst vor.Danach bleiben die Vorschriften der §§ 878,892,893 BGB und der §§ 3 III,16,17 SchiffsRG unberührt.Diese Ausnahme betrifft nur Immobiliarrechte und Rechte an Schiffen und Schiffsrechten.Der Gesetzgeber hat sie in der Novelle von 1898[74] mit nachträglicher Änderung durch das Schiffsrechtegesetz von 1940[75] aus Gründen der Verkehrssicherheit eingebaut.Die Vorschriften sind in konkursrechtlicher Hinsicht wenig problematisch.Wir wollen im folgenden die Regelungen des Schiffsrechtegesetzes ganz beiseite lassen und nur die §§ 878,892 und 893 BGB erörtern.[76]

a) § 878 BGB

Nach § 878 BGB wird eine vom Berechtigten gem.§§ 873, 875 oder 876 BGB abgegebene Erklärung nicht dadurch unwirksam,daß der Berechtigte in seiner Verfügungsmacht beschränkt wird,nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt gestellt worden ist.§ 878 BGB will verhüten,daß der zwischen Eintragungsantrag[77] und Eintragung eintretende Verlust der Verfügungsbefugnis schadet.Es steht nur noch die amtliche Vollziehung des Parteiwillens aus,welche die Parteien nicht mehr beeinflussen können.Dann soll der Erwerber bereits den Gegenwert entrichten dürfen;ohne sich darum zu kümmern,ob die Verfügungsmacht des Veräußerers uneinn

74)vgl.oben S.6-8; Begründung S.28

75)vgl.oben S.10

76)Einzelheiten mit Beispielen bei Jaeger-Lent KO § 15 Anm.36-45

77)Irrtümlich meint Kuhn in Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.18:"zwischen Einigung und Eintragung".Die Einigung,wenn auch bindend gem.§ 873 II BGB, reicht aber nicht allein zum Schutz des Erwerbers.Denn § 873 II BGB ist in § 15 KO nicht ausdrücklich genannt.

geschränkt bestehen bleibt.[78]

aa)§ 878 BGB schützt vor sämtlichen Beschränkungen der Verfügungsmacht,auch vor dem Entzug der Verfügungsbefugnis infolge Konkurseröffnung gemäß § 6 KO.[79] Daher muß sich die fortdauernde Wirksamkeit der Einigungserklärung,welche in § 878 BGB garantiert ist,auch gegenüber § 7 KO durchsetzen. Sieht man die Erklärung als bereits vor Konkursbeginn abgeschlossen an,so ist schon deshalb § 7 KO gar nicht anwendbar.Geht man dagegen davon aus,die Erklärung des Gemeinschuldners wirke in die Zeit nach Konkurseröffnung,so kann man sie wenigstens nach der Wertung des § 878 BGB so behandeln,als läge sie vor Konkursbeginn.[80] Auf diese Weise läßt sich auch erklären,weshalb § 7 KO den § 878 BGB nicht als Ausnahme nennt.[81] Die ausdrückliche Erwähnung des § 878 BGB war aber im Rahmen des § 15 KO notwendig. Denn die Vorschrift des § 878 BGB ermöglicht den Rechtserwerb selbst direkt noch nicht,sie schützt lediglich die Wirksamkeit der Erklärung gegenüber der Konkurseröffnung.Hätte § 15 S.2 KO den § 878 BGB nicht ausdrücklich hervorgehoben,so wäre es durchaus denkbar,daß zwar die Erklärung des nachmaligen Gemeinschuldners gem.§ 878 BGB wirksam bleibt,dem Grundbuchamt aber trotzdem die Eintragung während des Konkursverfahrens verwehrt ist (§ 15 S.1 KO).Damit würde dem Erwerber die Regelung des § 878 BGB wenig nützen. Denn nach Beendigung des Verfahrens wäre das Grundstück sicher zugunsten der Gläubiger bereits verwertet worden.Erst die namentliche Nennung des § 878

---

78)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.37

79)vgl.Palandt-Degenhart § 878 Anm.2c,3a,3b m.w.N.

80)Böhle-Stamschräder (KO § 15 Anm.9) glaubt sogar, mit der Einbeziehung des § 878 BGB in § 15 KO sei der "Rechtserwerb" selbst bereits so zu behandeln,als sei er vor Konkursbeginn vollzogen.

81)vgl.auch schon oben S.23,24

BGB im Rahmen des § 15 KO garantiert auch die Vollendung des Rechtserwerbs.Daher ist das Grundbuchamt gehalten,die beantragte Eintragung vorzunehmen,auch wenn es vorher von der Konkurseröffnung erfährt.[82] Der Gesetzgeber will folglich auch im Konkurs die absolute Stellung des Erwerbers schützen,der auf Grund einer bindend gewordenen Einigung bereits den Eintragungsantrag gestellt hat.

bb)Es ist auch leicht verständlich,daß zum Beispiel § 873 II BGB nicht in § 15 S.2 KO genannt ist: Ein Erwerber,der lediglich eine bindende Einigungserklärung des Veräußerers in Händen hält,ist auch nach den Regeln des BGB nicht unbedingt abgesichert.Ein Dritter,der später ebenfalls noch eine bindende Erklärung bekommen hat,kann vor ihm den Eintragungsantrag stellen und dann auch das Recht erwerben.Daher ist die Position des gem.§ 873 II BGB Berechtigten noch nicht gegen alle potentiellen Erwerber geschützt,also nicht absolut und deshalb auch nicht konkursfest.

cc)Nach heute herrschender Meinung[83] ist § 878 BGB auch auf die Bewilligung einer Vormerkung entsprechend anwendbar.

dd)Streitig ist,ob § 878 BGB auch für die Zustimmung eines Drittberechtigten gilt,die gem.§ 876 bei der Aufhebung eines belasteten Rechts erforderlich ist. Nach der Mindermeinung[84],die auch hier § 878 BGB anwendet,muß der Antrag auf Löschung bereits bei Konkurseröffnung über das Vermögen des Drittberechtigten vorliegen.Nur dann wäre es noch möglich,das belastete Recht aufzuheben und so die nun zur Masse gehörende Berechtigung zu löschen.Lehnt man mit der herrschenden

---

82)Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.18; Jaeger-Lent KO § 15 Anm.38

83)BGHZ 28,182; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.21; Jaeger-Lent KO § 15 Anm.39 m.w.N.

84)Erman-Westermann § 876 Anm.6; Westermann § 79.3; Palandt-Degenhart § 876 Anm.4c, § 878 Anm.2a

Meinung[85] die Anwendbarkeit des § 878 BGB ab, so stellt sich in diesem Zusammenhang das Problem des § 878 BGB nicht. Nach dieser Ansicht ist die Aufhebung des Rechts sogar schon zulässig, wenn der in Konkurs geratene Drittberechtigte lediglich zugestimmt hat, der Antrag auf Löschung aber im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht gestellt war.[86] Danach wäre der Begünstigte selbst noch besser geschützt als ein "lediglich" gem. § 878 BGB Berechtigter. Das läßt sich hinsichtlich der Schranke des § 15 KO nur erklären, wenn man dem Zustimmungsempfänger eine absolute Rechtsposition einräumt, die gegenüber dem Konkursverwalter und jedem Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners bestehen bleibt.[87] Dann ist die Stellung eines gem. § 876 BGB Begünstigten mit der eines gem. § 161 I BGB Berechtigten vergleichbar, welcher ebenfalls im Konkurs abgesichert ist.[88] Weitere im Rahmen des § 878 auftauchende Probleme haben keine konkursrechtliche Bedeutung. Sie bleiben daher im Zusammenhang mit § 15 KO unerwähnt.

b) § 892 BGB

Ebenso wie § 7 I KO läßt auch § 15 S. 2 KO den öffentlichen Glauben des Grundbuchs unberührt. In Abgrenzung zu § 7 KO[89] ist § 15 S. 2 KO i.V.m. § 892 BGB nur anwendbar, falls die Einigung vor und der Eintragungsantrag nach Konkursbeginn liegen, oder Einigung und Eintragungsantrag vorher erfolgt sind, aber noch keine Bin-

---

85) RGZ 52, 416; RGRK-Pritsch § 876 Anm. 22; Soergel-Baur § 876 Anm. 6; Staudinger-Seufert § 876 Anm. 6d

86) Jaeger-Lent KO § 15 Anm. 40; RGZ aaO.; RGRK-Pritsch aaO.; Staudinger-Seufert aaO.

87) vgl. RGZ aaO.; Staudinger-Seufert aaO.; RGRK-Pritsch § 876 Anm. 21, 22; Soergel-Baur aaO.; auch (überraschend, vgl. Fn. 84) Palandt-Degenhart § 876 Anm. 4a

88) Einzelheiten zu § 161 BGB s. unten S. 60-66

89) vgl. allgemeine Abgrenzung zwischen § 7 KO und § 15 KO oben S. 20-24; nähere Abgrenzung bez. § 892 BGB bei Jaeger-Lent KO § 15 Anm. 42 und Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm. 19

dung eingetreten ist.[90] Jedoch darf das Grundbuchamt,anders als bei § 878 BGB,nur dann eintragen,wenn es nichts von der Konkurseröffnung weiß.[91] Das wird aber nur ganz selten der Fall sein.Denn gem.§ 113 I KO ist die Eröffnung des Verfahrens dem Grundbuchamt sofort mitzuteilen,damit es den Konkursvermerk zum Schutz der Konkursmasse vor gutgläubigem Erwerb eintragen kann.Außerdem erläßt das Konkursgericht regelmäßig vorher ein allgemeines Veräußerungsverbot (§ 106 KO),welches ebenfalls im Grundbuch vermerkt wird und damit gutgläubigen Erwerb hindert.[92] Fehlt es ausnahmsweise hieran,so kann der Rechtserwerb durch Eintragung zustandekommen.Der Erwerber darf allerdings vom Konkurs keine positive Kenntnis haben,entscheidend ist der gem.§ 892 II BGB maßgebliche Zeitpunkt. Die Beweislast trifft den Konkursverwalter.[93] Entsprechend anwendbar sind die Grundsätze des § 892 BGB bei der Verkehrshypothek gem.§ 1138 BGB und bei Briefpfandrechten gem.§§ 1155,1192 BGB.[94] § 16 des SchiffsRG entspricht der Regelung des § 892 BGB.

c) § 893 BGB

In erster Linie hat § 893 BGB im Bereich des § 7 KO Bedeutung.Im Rahmen des § 15 KO bleibt nur Raum für die gegenüber dem eingetragenen Gemeinschuldner erklärte Kündigung[95],wenn man die Entgegennahme der Kündigung nicht schon als Rechtshandlung gem.§ 7 KO ansieht.[96] Auch die Grundsätze des § 893 BGB sind im Rahmen der §§ 1138 und 1155,1192 BGB entsprechend anwendbar. § 17 SchiffsRG entspricht dem § 893 BGB.

---

90)Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.19; Jaeger-Lent KO § 15 Anm.42,39

91)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.42

92)vgl.Einzelheiten oben S.29-31

93)Jaeger-Lent aaO.; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.9

94)vgl.Jaeger-Lent KO § 7 Anm.28,29

95)so Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.20 und Jaeger-Lent KO § 15 Anm.45

96)so Jaeger KO § 15 Anm.46, § 7 Anm.2

d) Abgrenzung gegenüber gutgläubigem Direkterwerb von beweglichen Sachen

Wie schon im Zusammenhang mit § 106 KO[97] und §§ 62, 63 VglO[98] erwähnt, scheitert der redliche Fahrniserwerb (§§ 932 ff., 1032, 1207 f., 1244 BGB, § 366 HGB) direkt aus der Hand des Gemeinschuldners an § 7 KO bzw. § 15 KO.[99] Der gute Glaube hinsichtlich der Konkurseröffnung ist hier also nicht geschützt. Dabei dürfte in der Regel bereits § 7 KO entgegenstehen.

aa) Allgemein führt man zur Begründung einen äußeren und einen inneren Grund an: Zunächst ergebe ein Gegenschluß aus § 7 I 2. Hs. KO[100], daß der Gesetzgeber ausdrücklich im Gegensatz zu § 135 II BGB nur den gutgläubigen Liegenschaftserwerb zulassen wollte.[101] Das sei auch gerechtfertigt, denn gerade die Gefährdung der Konkursgläubiger sei bezüglich der beweglichen Sachen, die der Gemeinschuldner in Besitz habe, sehr groß. Daher sei in ihrem Interesse unbedingt Schutz vor Verfügungen des Gemeinschuldners geboten. Im Liegenschaftsverkehr dagegen bestehe diese Gefahr nicht, da bereits die Eintragung der Konkurseröffnung im Grundbuch den redlichen Erwerb ausschließe.[102]

bb) Diese verständlichen und auch zutreffenden Ausführungen können jedoch allein noch nicht überzeugen. Unerklärlich bleibt, wieso der Konkurs selbst einschneidender wirken soll als das regelmäßig vor Konkursbeginn angeordnete allgemeine Veräußerungsverbot gem. § 106 KO.[103] Zudem ist auch noch nicht hinreichend erläutert, weshalb der redliche Fahrniserwerber gegenüber den Konkursgläubigern weniger Schutz genießt als der gutgläubige Erwerber beweglicher Sachen.

---

97) vgl. oben S. 30

98) vgl. oben S. 32

99) vgl. Jaeger-Lent KO § 7 Anm. 31, 32; Mentzel-Kuhn KO § 7 Anm. 16

100) Jaeger-Lent KO § 7 Anm. 31; Mentzel-Kuhn aaO.

101) Das läßt sich auch § 15 S. 2 KO entnehmen.

102) so besonders Jaeger-Lent aaO.

103) Im Rahmen des § 106 KO ist gutgläubiger Fahrniserwerb möglich, vgl. oben S. 29-31

aaa)Wie oben gezeigt[104],bleibt trotz des Verbots gem.§ 106 KO nicht nur gutgläubiger Grundbucherwerb, sondern auch redlicher Fahrniserwerb möglich.Hier scheinen jedoch die Interessen der Konkursgläubiger in gleicher Weise gefährdet wie nach der Konkurseröffnung.Daher ist eine unterschiedliche Behandlung des gutgläubigen Fahrniserwerbs allein mit der obigen Begründung,die praktisch den inneren Grund für den Gegenschluß aus § 7 I 2.Hs. bzw. § 15 S.2 KO darstellt,nicht zu rechtfertigen.Auch kann man den Unterschied nicht mit der öffentlichen Bekanntmachung erklären,die bei der Konkurseröffnung gem.§ 111 KO zu erfolgen hat.Denn beim allgemeinen Veräußerungsverbot gem.§ 106 KO bleibt gutgläubiger Fahrniserwerb trotz einer zwar nicht vorgeschriebenen,aber regelmäßig erfolgenden Veröffentlichung möglich.[105] Die öffentliche Bekanntgabe dient lediglich der Beweiserleichterung,sie erschwert somit den redlichen Erwerb.[106]

Der entscheidende Unterschied läßt sich unseres Erachtens wohl nur so begründen: Die Interessen und das Schutzbedürfnis der Konkursgläubiger haben erst mit Konkursbeginn ein solches Gewicht,daß sie auch gegenüber dem redlichen Fahrnisverkehr Vorrang verdienen.Die Schutzwürdigkeit der Konkursgläubiger hat sich im Zeitpunkt der Konkurseröffnung gegenüber dem zuvor erlassenen Verbot des § 106 KO erheblich verdichtet.Das wollen wir doppelt belegen:Zum einen kann das Verbot des § 106 KO bereits bei Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit (vgl.§ 105 I KO) angeordnet werden,während das Gericht bei der Konkurseröffnung selbst schon zur Überzeugung gelangt sein muß,daß der Gemeinschuldner zahlungsunfähig ist (vgl.§ 102 KO).Zum anderen bleibt der Schuldner,dem gegenüber

---

104)s.oben S.30
105)s.oben S.30
106)vgl.oben S.33

das Verbot des § 106 KO angeordnet ist,weiterhin verwaltungsbefugt.Mit der Konkurseröffnung hingegen ist ihm neben der Verfügungsbefugnis auch die Verwaltungsbefugnis entzogen,und zudem tritt an seine Stelle der Konkursverwalter (§ 6 KO).Aus ähnlichen Gründen ließ sich auch der Schutz der Vergleichsgläubiger gegenüber dem gutgläubigen Fahrniserwerb gem.§ 62 VglO im Gegensatz zu § 63 VglO erklären.[107]

bbb)Den redlichen Liegenschaftserwerb kann jedoch auch die mit der Konkurseröffnung erheblich gestiegene Schutzwürdigkeit der Konkursgläubiger nicht ausschalten.Im Gegensatz zu den §§ 932 ff.BGB führt die Regelung des § 892 BGB das Rechtsscheinsprinzip ausnahmslos durch.[108] Der öffentliche Glaube des Grundbuchs und das damit verbundene Prinzip der Rechtssicherheit haben absoluten Vorrang auch im Konkurs. Die Interessen der Konkursgläubiger müssen demgegenüber zurücktreten.Aus diesem Grunde,nicht aber wegen der geringeren Gefährdung der Gläubiger,bleibt auch im Rahmen des § 15 KO gutgläubiger Erwerb von Liegenschaftsrechten möglich,während anderer redlicher Direkterwerb ausgeschlossen ist.[109]

6. Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs (§ 24 KO)

a) Allgemeines

Die Vormerkung (§ 883 BGB) hat wie in verschiedenen anderen Fällen so auch im Konkurs eine Wirkung,die einer dinglichen sehr ähnlich ist.[110] Deshalb kann der Inhaber einer Vormerkung (auf Einräumung oder

---

107)s.oben S.33,34

108)vgl.Erman-westermann Vorb.1 zu §§ 932 ff.; Westermann § 45 III 2

109)Ob und warum etwas anderes beim Fahrniserwerb in dritter Hand gerechtfertigt ist,werden wir unten im Rahmen der 3.Stufe erörtern.

110)vgl.RGZ 113,409; 151,193; Jaeger-Lent KO § 24 Anm.2,3; Böhle-Stamschräder KO § 24 Anm.1

Aufhebung,Inhalts- oder Rangänderung eines Rechts an einem Grundstück des Gemeinschuldners) vom Konkursverwalter gem.§ 24 KO Befriedigung seines Anspruchs verlangen.Unter anderem finden auch die §§ 14 und 15 KO auf den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch keine Anwendung.[111] Infolge der Vormerkung kann sich die dingliche Rechtsänderung zu Lasten der Konkursmasse auch noch nach Konkurseröffnung vollziehen.Daher ist in § 24 KO eine wirkliche Ausnahme zur Regel des § 15 KO zu erblicken.[112]

Zu beachten ist die Parallele zwischen § 883 II BGB und § 161 I BGB.[113] Daneben ist die Stellung des Vormerkungsberechtigten auch mit der des gem.§ 878 BGB i.V.m.§ 15 S.2 KO Geschützten zu vergleichen.Entsprechendes gilt gem.§ 24 KO auch für die Vormerkung zur Sicherung von Ansprüchen auf eingetragene Schiffe oder Schiffsbauwerke (vgl.auch § 15 S.2 KO i.V.m.SchiffRG).

b) Vormerkung zur Sicherung eines künftigen Anspruchs

Streit besteht bei der Vormerkung zur Sicherung eines künftigen Anspruchs (vgl.§ 883 I S.2 BGB),falls der Anspruch bei Konkursbeginn noch nicht einmal bedingt entstanden war.Nach einer früher vertretenen Ansicht ist auch diese Vormerkung uneingeschränkt wirksam, ohne daß die Konkurseröffnung und speziell die §§ 3 und 15 KO entgegenstehen.[114] Nach der heute herrschenden Meinung scheitert diese Vormerkung im Konkurs.[115] Dabei ist jedoch umstritten,ob § 3 KO oder § 15 KO eingreift.Diese Kontroverse wurde besonders

---

111)Jaeger-Lent KO § 24 Anm.15, § 15 Anm.27; Mentzel-Kuhn KO § 24 Anm.6

112)vgl.Jaeger KO § 24 Anm.21 und Jaeger-Lent KO § 24 Anm.21:"erhebliche Einschränkung des § 15 KO"

113)vgl.Jaeger KO § 24 Anm.2; s.auch unten S.61

114)so Oberneck S.444 und Planck-Strecker § 883 Anm.3c

115)Jaeger-Lent KO § 24 Anm.7; Staudinger-Seufert § 883 Anm.6c; Palandt-Degenhart § 883 Anm.3d aa); -- früher schon:Jaeger KO § 24 Anm.7, LZ 1911,Sp. 606,770; Biermann § 883 Anm.5c; Pfeiffer LZ 1911, Sp.606,769 f., ZBlFG 14,552

zwischen Pfeiffer und Jaeger ausgetragen.[116] Jaeger[117] meint, die dingliche Kraft der Vormerkung setze im Konkurs erst mit Begründung des gesicherten Anspruchs ein. Deshalb scheitere das Wirksamwerden für einen noch nicht einmal bedingt begründeten Anspruch am Grundsatz des § 15 KO. Hingegen ist Pfeiffer[118] der Ansicht, auch die Vormerkung für künftige Ansprüche habe bereits vom Zeitpunkt der Eintragung an die in § 883 II BGB bezeichnete Wirkung. Sonst wäre die Eintragung wertlos und die Bestimmung des § 883 I S.2 BGB überflüssig. Deshalb sei § 15 KO nicht anzuwenden. Der Vormerkung stehe aber der Grundsatz des § 3 KO entgegen, wonach im Konkurs nur gegenwärtige Forderungen zu berücksichtigen seien. Daher sei die bestehende Sicherung im Konkurs inhaltslos.

Uns erscheint die Ansicht Pfeiffers systemgerechter. Das gilt zunächst im Hinblick auf die Regelung des § 883 I, II BGB, dessen Wirkung man nicht von Fall zu Fall verschieden bewerten kann. Zudem ist ein praktisch noch inhaltsloses dingliches Sicherungsrecht unserer Rechtsordnung nicht unbekannt. Als Beispiel sei das Pfandrecht für eine künftige Forderung gem. § 1204 II BGB erwähnt, dessen Wirksamkeit im Konkurs des Belasteten später[119] zu erörtern ist. Auch mit Rücksicht auf unsere obige[120] Abgrenzung zwischen § 3 und § 15 KO müssen wir Pfeiffer hier zustimmen. Forderungen gegenüber der Konkursmasse können grundsätzlich nach Konkurseröffnung nicht mehr entstehen. Das vereitelt nicht § 15 KO, sondern § 3 KO. Dabei ist

---

116) vgl. Pfeiffer LZ 1911, Sp.606 und Jaeger LZ 1911, Sp.606; weiterhin Pfeiffer LZ 1911, Sp.769 f. und Jaeger LZ 1911, Sp.770

117) Jaeger aaO. und KO § 24 Anm.7; ebenso Lent in Jaeger-Lent KO § 24 Anm.7 und Biermann § 883 Anm.5c

118) Pfeiffer aaO. und ZBlFG 14,552; im folgend Staudinger-Seufert § 883 Anm.6(2)

119) Dieser Fall gehört zu den problematischen Tatbeständen. Daher erörtern wir ihn erst im 4. Kapitel (s. unten S.140-149).

120) oben S.12,13

nicht einzusehen,warum der Grundsatz des § 3 KO auf einfache Konkursforderungen beschränkt bleiben soll. Er gilt für alle persönlichen Ansprüche gegen den Gemeinschuldner.Stammen diese erst aus der Zeit nach Konkursbeginn,so sollen sie grundsätzlich gegenüber der Konkursmasse unberücksichtigt bleiben.Dabei kann es nicht darauf ankommen,ob die Forderung zusätzlich dinglich abgesichert ist.

Eine Ausnahme zu § 3 KO besteht nur gem.§ 67 KO bei einer aufschiebend bedingten Forderung,sofern dann nicht § 7 KO eingreift.[121] Zwar soll ein durch eine Vormerkung gesicherter aufschiebend bedingter Anspruch nicht unter die Bestimmungen der §§ 67,154,156, 168 KO fallen[122];das kann aber lediglich bedeuten, daß eine konkursmäßige Abwicklung gem.§§ 154,156,168 KO entfällt.Dem ist zuzustimmen,es ändert jedoch nichts daran,daß hier das den §§ 3 und 67 KO zugrundeliegende Regel-Ausnahme-Prinzip anzuwenden ist.Demnach gilt es,jeweils im Einzelfall zu untersuchen,ob der durch die Vormerkung gesicherte künftige Anspruch die Voraussetzungen des § 67 KO erfüllt.Immerhin erfaßt § 67 KO,anders als die §§ 158 ff.BGB,auch Rechtsbedingungen.[123] Greift die Ausnahme des § 67 KO nicht ein,so steht § 3 KO entgegen.

Allerdings stellt man heute an den "künftigen Anspruch" gem.§ 883 I S.2 BGB sehr strenge Anforderungen,im Gegensatz zur "künftigen Forderung" des § 1204 II BGB: Es müssen nicht nur Inhalt und Gegenstand des Anspruchs bestimmbar sein.Vielmehr muß dieser schon eine derart feste Rechtsgrundlage haben,daß seine Entstehung nur noch vom Willen des demnächst Berechtigten abhängt.[124]

---

121)vgl.oben S.12,13,21

122)so übereinstimmend Jaeger-Lent KO § 24 Anm.15 und Böhle-Stamschräder KO § 24 Anm.4

123)Einzelheiten zu § 67 KO und dessen Anwendungsbereich s.unten S.61

124)BGHZ 12,117; RGZ 151,75; Palandt-Degenhart § 883 Anm.3d aa)

Damit dürften in aller Regel die Voraussetzungen des § 67 KO erfüllt sein,so daß § 3 KO nicht entgegensteht.§ 7 KO würde ebenfalls nicht eingreifen. Auch Jaeger kann in diesen Fällen einen entsprechenden Verstoß gegen § 15 KO vermeiden,wenn er die Vormerkung wie ein aufschiebend bedingtes und daher konkursbeständiges (§ 161 I S.2 BGB) dingliches Recht behandelt.Die strengen Anforderungen schon im Bereich des § 883 I S.2 BGB bewirken damit im Ergebnis,daß diese Vormerkung regelmäßig auch im Konkurs durchdringt.

7. Bedingter Rechtserwerb (§ 161 I S.2 BGB)

a) Allgemeines

Die wichtigste Vorschrift,die man auch im Rahmen des § 15 KO am ausführlichsten erörtert,ist § 161 BGB. Dem § 161 I S.2 BGB ist zu entnehmen,daß sich ein aufschiebend bedingter Rechtserwerb noch nach Konkurseröffnung vollenden kann.Der ihn begründende Tatbestand muß bereits vor Konkursbeginn vollständig verwirklicht sein,und zum Wirksamwerden darf nur noch der Bedingungseintritt fehlen.[125] Das ist allerdings in § 161 I S.2 BGB nicht ausdrücklich gesagt.Diese Bestimmung erklärt lediglich Verfügungen des Konkursverwalters,welche die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen,für wirkungslos.Damit setzt sie jedoch voraus,daß der Bedingungseintritt selbst nach Konkurseröffnung möglich bleibt.[126] Hatte der Gemeinschuldner also unter einer aufschiebenden Bedingung verfügt und tritt die Bedingung erst nach Konkursbeginn ein,so steht § 15 KO nicht entgegen.[127]

---

125)Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.10

126)Mentzel-Kuhn aaO.

127)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.13[2]; Jaeger KO § 15 Anm. 15; Mentzel-Kuhn aaO.; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.4; vgl.auch BGH NJW 55,544

Zu beachten ist auch die Parallele zwischen § 883 II BGB und § 161 I BGB.[128] Selbst ohne die Regelung des § 24 KO[129],der in erster Linie das Wahlrecht des Konkursverwalters einschränken soll,könnte man folglich die Konkursbeständigkeit der Vormerkung gegenüber § 15 KO auch aus § 883 II S.2 BGB ableiten.Auf den Rückerwerb eines Rechts,das der Gemeinschuldner auflösend bedingt erworben hatte,ist gem.§ 161 II BGB ebenfalls § 161 I S.2 BGB anwendbar.Daher steht auch hier § 15 KO nicht entgegen.[130]

b) Abgrenzung zur Ausnahme des § 67 KO

Auch im Bereich des § 3 KO,der parallel zu § 15 KO das nachträgliche Entstehen von Konkursforderungen grundsätzlich verhindert[131],besteht für aufschiebend bedingte Forderungen eine erweiternde Ausnahme.Gemäß § 67 KO berechtigen solche Forderungen zwar nur zunächst zu einer Sicherung,aber sie werden im Konkursverfahren in voller Höhe angemeldet und festgestellt. Dabei geht § 67 KO sogar noch weiter als die §§ 158 ff. BGB.Denn er umfaßt neben den rechtsgeschäftlichen auch die gesetzlichen Bedingungen.[132] Diese spielen zudem im Bereich des § 67 KO die Hauptrolle (vgl.zum Beispiel Regreßansprüche von Mitschuldnern und Bürgen des Gemeinschuldners).[133] Die Sicherung der aufschiebend bedingten Forderungen erfolgt nach Maßgabe der §§ 154,156,168 Nr.2,169 KO.Nach Bedingungseintritt werden die hinterlegten oder zurückbehaltenen Anteile voll ausgezahlt.[134] Allerdings greift § 7 KO ein, falls der Bedingungseintritt auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht.Denn die Mehrung der Schuldenmasse soll dem Willensbereich des Gemeinschuldners entrückt bleiben.[135]

---

128)vgl.auch Jaeger-Lent KO § 24 Anm.2
129)vgl.oben S.56,57
130)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.13[2], § 1 Anm.63
131)Einzelheiten zu § 3 KO s.oben S.12,13,20
132)RGZ 59,56; Jaeger-Lent KO § 67 Anm.1; Mentzel-Kuhn KO § 67 Anm.1; Böhle-Stamschräder KO § 67 Anm.1
133)Jaeger-Lent KO § 67 Anm.1,5
134)Mentzel-Kuhn KO § 67 Anm.5
135)Jaeger-Lent KO § 3 Anm.15; vgl.auch oben S.20,21

c) Anwendbarkeit des § 161 I S.2 BGB

aa)Die Fälle,auf die man § 161 I S.2 BGB direkt oder analog anwendet,lassen sich in zwei große Gruppen einteilen.Einmal sind es die bedingten Verfügungen, wie beispielsweise bedingte Übereignungen oder bedingte Verpfändungen von beweglichen Sachen,bedingte Begründungen dinglicher Rechte und bedingte Forderungsabtretungen.Hierhin gehört der in der Praxis sehr häufige Fall des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt: Der Verkäufer verfügt dabei über sein Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des vollen Kaufpreises.Der Käufer kann dann auch noch das Eigentum an der bedingt übereigneten Sache erlangen,falls er zahlt,nachdem der Verkäufer in Konkurs geraten ist.[136] § 15 KO greift nicht ein.[137] In die zweite große Gruppe gehören alle Fälle,in denen der Gemeinschuldner eine ihm selbst bereits vor Konkursbeginn zustehende Anwartschaft (§ 161 BGB) auf einen Dritten übertragen hat.Früher war streitig,ob der Dritte auch noch im Konkurs des verfügenden Gemeinschuldners durch Bedingungseintritt voll erwerben kann (Stichwort:Durchgangserwerb - Direkterwerb). Nach heute ganz herrschender Meinung[138] entsteht das Recht direkt in der Hand des Anwartschaftsberechtigten,also des Dritten,ohne Durchgang durch das vom Konkursbeschlag erfaßte Vermögen des Gemeinschuldners.Daher steht § 15 KO nicht entgegen.[139]

---

136)Das Problem des Wahlrechts des Konkursverwalters (§ 17 KO) bleibt dabei unberücksichtigt.Näheres dazu s.unten S.63,64

137)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.13a; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.10; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.4

138)BGHZ 20,88; Medicus § 20 V 1 m.w.N.; Palandt-Degenhart § 929 Anm.6 B b aa) m.w.N.

139)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.13a; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.11; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.4; -- mißverständlich jedoch Jaeger-Lent KO § 15 Anm.20. Der Widerspruch zu Anm.13a läßt sich nur damit erklären,daß Lent bei seiner Neufassung die wortwörtliche Übernahme der Bearbeitung Jaegers zu genau nahm.Er achtete nicht einmal darauf,daß diese Ansicht Jaegers gerade der von ihm selbst mit guten Gründen in Anm.13a abgelehnten Theorie vom Durchgangserwerb entsprach.

bb)Gibt man dem Pfandgläubiger im Rahmen der schon erörterten Halmpfändung[140] lediglich ein "Anwartschaftsrecht",so dürfte dieses kaum analog § 161 I S.2 BGB im Konkurs des Schuldners durchdringen.Denn der Vollerwerb des Pfändungspfandgläubigers wäre von einer gesetzlichen Bedingung,nämlich der Trennung der Früchte,abhängig.Die §§ 158 ff.BGB sind aber nur im Bereich rechtsgeschäftlicher Bedingungen anwendbar.Schon deshalb empfiehlt sich eine Lösung in Anlehnung an Jaeger[141],die auch im Konkurs zur vollständigen Absicherung des Gläubigers führt.

cc)Weitere noch umstrittene Fälle wie das Bezugsrecht des Fruchtziehungsberechtigten (§ 956 BGB),die Vorausabtretung einer Forderung und die Blankoabtretung von Forderungen und Grundpfandrechten,in denen eine Verbindung mit § 161 I S.2 BGB möglich sein könnte,sind erst später im Rahmen der problematischen Tatbestände (4.Kapitel) zu erörtern.

d) Exkurs: Wahlrecht des Konkursverwalters im Konkurs des Eigentumsvorbehalts-Verkäufers

Einige Stimmen in der Literatur[142] meinen,aus der Bedeutung des § 161 I S.2 BGB als Spezialnorm gegenüber § 15 KO könne man auch Schlußfolgerungen ziehen im Hinblick auf das hart umstrittene Wahlrecht des Konkursverwalters im Konkurs des Eigentumsvorbehalts-Verkäufers.Gegenüber der Schranke des § 15 KO stellt § 161 I S.2 BGB aber lediglich klar,daß Bedingungseintritt und Rechtserwerb trotz der Konkurseröffnung wirksam werden können.Damit steht zunächst nur fest, daß der Konkursbeschlag selbst nicht entgegensteht. Ob § 161 I S.2 BGB darüber hinaus auch das Wahlrecht des Konkursverwalters (§ 17 KO) einschränkt oder gar ausschließt[143],ist hiermit aber noch nicht zwingend

---

140)vgl.oben S.40,41

141)Jaeger KO § 49 Anm.37; vgl.oben S.40

142)so Unger KTS 69,193 ff.(211,212)

143)so wohl zu Recht Kaiser,Anwartschaften S.95; Bauknecht NJW 56,1177 m.w.N.; Böhle-Stamschräder KO § 17 Anm.3b m.w.N.

festgestellt.Das gem.§ 161 I S.2 BGB geschützte Anwartschaftsrecht wäre jedoch praktisch bedeutungslos,wenn es nur zum Vollrecht erstarken könnte,falls der Konkursverwalter nichts dagegen unternimmt.Einen wirklichen Sinn hat nur die konkursfeste Rechtsposition,die auch der Verwalter nicht zerstören kann. Eine weitergehende Erörterung würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

e) Grenzen: §§ 7 und 26 KO

Zum Abschluß seien zwei konkursrechtliche Grenzen erwähnt,an denen auch ein gem.§ 161 I S.2 BGB geschützter Rechtserwerb scheitert.

aa) § 7 KO

Zunächst ist die wichtige Bestimmung des § 7 KO zu beachten.Danach sind sämtliche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam.[144] Besteht nun der Bedingungseintritt selbst in einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners, oder ist er von einer soldhen abhängig,so scheitert der Erwerb an § 7 KO.[145] Das ist auch verständlich: Ein Erwerber,dessen "Anwartschaft"[146] noch von einer Handlung des Veräußerers abhängt,kann sich noch nicht auf eine konkursfeste absolute Position stützen.Er nimmt vielmehr bewußt das Risiko in Kauf,beim Zusammenbruch des Veräußerers nicht mehr erwerben zu können.

bb) § 26 S.1 KO

Eine weitere Grenze,allerdings von keinem Kommentar im Rahmen des § 15 KO erwähnt,ergibt sich aus § 26 Satz 1 KO:"Der andere Teil ist nicht berechtigt,die

---

144)Näheres zu § 7 KO s.oben S.20-24

145)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.13[2], § 3 Anm.15; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.11; Böhle-Stamschräder § 15 Anm.4

146)Hier zeigt sich ganz deutlich,daß Begriffe wie "Anwartschaft" oder "Anwartschaftsrecht" für sich inhaltslos sind.Aus ihnen allein läßt sich nicht eine Konkursbeständigkeit ableiten.Vielmehr sind immer konkrete gesetzliche Grundlagen erforderlich.

Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen,wenn infolge der Konkurseröffnung die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt." Das Verbot des § 26 S.1 KO dient dem gemeinschaftlichen Interesse der Konkursgläubiger.Rückforderungsrechte und damit Verkürzungen der Masse dürfen ihren Grund nicht allein in der Konkurseröffnung haben.[147] Wie schon aus der Formulierung des § 26 S.1 KO zu erkennen ist,vermag diese Vorschrift nur den Rückerwerb eines Rechtes zu verhindern,das der Gemeinschuldner auflösend bedingt erworben hatte (§ 161 II BGB).Für den aufschiebend bedingten Rechtserwerb von Massegegenständen hat § 26 S.1 KO keine Bedeutung.[148] Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden:

Liegt die auflösende Bedingung in der Nichterfüllung des Vertrages infolge der Konkurseröffnung,so steht nach heute ganz herrschender Meinung[149] § 26 S.1 KO dem Rückerwerb entgegen.Das kann beispielsweise bedeutsam sein im Rahmen einer auflösend bedingten Übereignung,wenn das Eigentum an der Ware auf den Verkäufer zurückfallen soll,falls sie nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt voll bezahlt ist.Der Verkäufer darf dann die Ware nicht deshalb zurückverlangen,weil er zunächst nur konkursmäßig befriedigt wird.[150]

Liegt dagegen die auflösende Bedingung in der Konkurseröffnung schlechthin,so bestehen Zweifel,ob § 26 S.1 KO überhaupt anwendbar ist.Böhle-Stamschräder[151] meint,§ 26 S.1 KO erfasse nur den Fall der

---

147)Jaeger-Lent KO § 26 Anm.1,2

148)Jaeger-Lent KO § 26 Anm.15[1]; Böhle-Stamschräder KO § 26 Anm.4

149)Jaeger-Lent KO § 26 Anm.15[2]; Jaeger KO § 26 Anm. 15; Mentzel-Kuhn KO § 26 Anm.4,5; Böhle-Stamschräder KO § 26 Anm.4;-- a.A. früher: Wilmowski-Kurlbaum KO § 26 Anm.6 und Meyer-Bleyer KO § 26 Anm.3c

150)vgl.Jaeger-Lent aaO. und Jaeger aaO.

151)Böhle-Stamschräder KO § 26 Anm.4

Nichterfüllung.Lent[152] hingegen sieht gegenüber der "Konkurseröffnung schlechthin" keinen großen Unterschied,der eine abweichende Behandlung rechtfertigen könnte.Er hält sogar den Wortlaut des § 26 S.1 KO für einschlägig,da auch hier die Aufhebung des Rechtsverhältnisses infolge der Konkurseröffnung eintrete. Ohne ausdrücklich auf den Streit einzugehen,scheint auch Kuhn[153] der Meinung Lents zu folgen.Nach Sinn, Zweck und Wortlaut des § 26 S.1 KO läßt sich unseres Erachtens ein wirklicher Unterschied weder erkennen noch rechtfertigen.

Der Rückerwerb eines Rechtes,das der Gemeinschuldner auflösend bedingt erworben hatte,scheitert folglich im Konkurs an § 26 S.1 KO,falls die auflösende Bedingung in der Nichterfüllung des Vertrages infolge der Konkurseröffnung oder in der Konkurseröffnung selbst liegt.Die Verkäufer können sich im Rahmen eines Eigentumsvorbehalts allerdings besser schützen als auf die oben erwähnte Weise.Deshalb dürfte § 26 S.1 KO im Rahmen bedingter Erwerbstatbestände praktisch kaum bedeutsam sein.[154]

f) Zusammenfassung

Ein durch § 161 I S.2 BGB direkt oder entsprechend geschützter Erwerb bleibt von § 15 KO unberührt. Allerdings kann der Bedingungseintritt an § 7 KO oder - nur bei auflösend bedingtem Erwerb - an § 26 S.1 KO scheitern.Die Berechtigten,die sich auf § 161 I S.2 BGB berufen können,haben ein konkursfestes Anwartschaftsrecht.Der Begriff "Anwartschaftsrecht" beruht hier auf konkreter Rechtsgrundlage. Ohne eine solche ist er aber wertlos und daher zu vermeiden.

---

152) Lent in Jaeger-Lent KO § 26 Anm.15[2]

153) Kuhn in Mentzel-Kuhn KO § 26 Anm.1 a.E.

154) allgemein zur abgesunkenen Bedeutung des § 26 KO unter der Herrschaft des BGB vgl.Jaeger-Lent KO § 26 Anm.5

8. Aneignung des Hinterlegungsgläubigers (§ 377 BGB)

Bei einer Hinterlegung zum Zweck der Schuldbefreiung gem.§§ 372 ff.BGB soll der Gläubiger noch während des Konkurses über das Schuldnervermögen die Möglichkeit behalten,der Hinterlegungsstelle wirksam die Annahme zu erklären und damit das Eigentum an der hinterlegten Sache zu erwerben.[155] Um diesen Schutz des Gläubigers zu erreichen,schreibt § 377 I BGB vor, das Recht zur Rücknahme sei nicht der Pfändung unterworfen.Damit gehört das Rücknahmerecht nach der Regel des § 1 KO nicht zur Konkursmasse.Der Konkursverwalter kann es nicht ausüben,obwohl die hinterlegte Sache noch zum Vermögen des Gemeinschuldners zählt.[156] Um den Gläubiger auch vor diesem selbst zu schützen,verbietet § 377 II BGB auch die Ausübung des Rücknahmerechts durch den Schuldner.

Die Sondervorschrift des § 377 BGB hat also den Sinn, den Hinterlegungsgläubiger gerade vor dem Zugriff der übrigen Gläubiger zu schützen.[157] Zwar gehört die hinterlegte Sache noch dem Gemeinschuldner,sie ist aber wirtschaftlich nicht für die Konkursgläubigerschaft,sondern für den Hinterlegungsgläubiger bestimmt.Das Recht dieses Gläubigers,die Annahme zu erklären und dadurch Eigentum zu erlangen,wird durch die Konkurseröffnung nicht beschränkt.[158] Damit erleidet die Regel des . 15 KO eine weitere Ausnahme.[159] § 377 BGB gewährt dem Hinterlegungsgläubiger eine konkursfeste Anwartschaft,mit der er auch gegenüber § 15 KO durchdringt.

---

155)Der dingliche Erwerb selbst ist nicht im BGB, sondern in der Hinterlegungsordnung (§§ 7-9) geregelt; vgl.Palandt-Heinrichs § 372 Einf.3c

156)Jaeger Lehrbuch S.62, KO § 1 Anm.29; Jaeger-Lent KO § 1 Anm.29; RGRK-Löscher § 377 Anm.2

157)Jaeger-Lent aaO.

158)Palandt-Heinrichs § 377 Anm.1; Soergel-Schmidt § 377 Anm.1; RGRK-Löscher aaO.

159)Jaeger aaO.; Jaeger-Lent aaO.; Mentzel-Kuhn KO § 1 Anm.34; -- a.A. früher Hellwig S.462 ff.-- Genau genommen ist hier § 15 KO schon deshalb nicht anwendbar,weil die hinterlegte Sache nicht in die Konkursmasse fällt.

9. Dingliches Vorkaufsrecht (§ 1098 II BGB i.V.m. § 24 KO)

Beim dinglichen Vorkaufsrecht gem.§§ 1094 ff.BGB sind die Rechte des Berechtigten gegenüber dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritterwerber verschieden geregelt,vgl. §§ 1098 I und 1098 II BGB. Demnach ist auch zu unterscheiden,je nachdem,ob der Verpflichtete oder der Dritte in Konkurs geraten ist.

a) Konkurs des Vorkaufsverpflichteten

Im Konkurs des vorkaufsverpflichteten Eigentümers kann der Konkursverwalter die Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts nur durch Zwangsversteigerung vereiteln (vgl. § 1098 I S.1 i.V.m.§ 512 BGB).[160] Die Masse trifft dann auch keine Schadensersatzpflicht gem.§ 59 Nr.1 KO.[161]

Beim freihändigen Verkauf (§ 1098 I S.2 BGB) durch den Konkursverwalter ist der Vorkaufsberechtigte hingegen Massegläubiger gem.§ 59 Nr.1 KO.[162] Das gilt allerdings nicht für die in § 24 BBauG und § 17 Städtebauförderungsgesetz vorgesehenen Vorkaufsrechte.Denn diese Bestimmungen verweisen nicht auf § 1098 I S.2 BGB.Die Gemeinden können im Gegensatz zu den vorherigen Regelungen in den Bundesländern nur noch in schwebende Kaufverträge eintreten.Bei freihändiger Veräußerung des Konkursverwalters haben sie kein Vorkaufsrecht.[163] Diese Einschränkung der gemeindlichen Vorkaufsrechte wird teilweise lebhaft beklagt,[164] ist aber wohl mit Blick auf die soziale Bindung[165] dieses Instruments gerechtfertigt.Anders als beim

---

160)Jaeger-Lent KO § 24 Anm.4, § 1 Anm.34; Mentzel-Kuhn KO § 24 Anm.5

161)Jaeger-Lent KO § 24 Anm.4

162)Jaeger-Lent aaO.

163)vgl.Ebert NJW 61,1430 ff.; Schrödter BBauG § 24 Anm.1; Schütz-Frohberg BBauG § 24 Anm.1

164)so von Ebert NJW 61,1434; kritisch auch Schrödter aaO.

165)Schütz-Frohberg aaO.

privaten Vorkaufsrecht sind hier die Interessen der Konkursgläubiger,deren Quote durch einen günstigen freihändigen Verkauf des Konkursverwalters erheblich wachsen kann,höher einzuschätzen.

Entscheidet sich der Verwalter für die Erfüllung des bei Konkurseröffnung schwebenden Kaufs,so ist der Vorkaufsberechtigte Massegläubiger gem.§ 59 Nr.2 KO.[166] Bestreitet der Konkursverwalter das dingliche Vorkaufsrecht,so hat der Berechtigte ein Aussonderungsrecht auf Feststellung des Bestehens seines dinglichen Vorkaufsrechts.[167] In all diesen Fällen ist für § 15 KO kein Raum,auch wenn sich das bereits vor Konkursbeginn begründete Vorkaufsrecht gem.§ 59 Nr.1 oder Nr.2 KO durchsetzt.[168]

b) Konkurs des Dritterwerbers

Im Konkurs des Dritterwerbers hat das dingliche Vorkaufsrecht gem.§ 1098 II BGB die Wirkung einer Vormerkung.[169] Das gilt aber nicht gegenüber Dritten, die im Wege der Zwangsversteigerung erworben haben.[170] Die Vormerkung setzt sich gem.§ 24 KO gegenüber § 15 KO durch.Daher dringt auch das dingliche Vorkaufsrecht gem.§ 1098 II BGB i.V.m. § 24 KO gegenüber § 15 KO durch.Dasselbe kann man der dem § 161 I S.2 BGB entsprechenden Bestimmung des § 883 II S.2 BGB entnehmen.[171]

Im Konkurs des Dritterwerbers,dem das verkaufte Grundstück übereignet worden ist,hat der Vorkaufsberechtigte folglich einen Aussonderungsanspruch.

---

166)Jaeger-Lent KO § 24 Anm.4

167)Mentzel-Kuhn KO § 24 Anm.5 a.E., § 43 Anm.59; Böhle-Stamschräder KO § 24 Anm.3, § 43 Anm.5

168)Einordnung dann unter §§ 57 ff.KO,s.oben S.47,48

169)Mentzel-Kuhn KO § 43 Anm.24; Böhle-Stamschräder KO § 24 Anm.3; Palandt-Degenhart § 1098 Anm.4

170)Einzelheiten bei Erman-Ronke § 1097 Rn.2

171)vgl.Jaeger KO § 24 Anm.2; s.auch oben S.57,61

Dieser geht auf Bewilligung der Umschreibung.[172] Im Konkurs des belasteten Eigentümers (Vorkaufsverpflichteter) ist § 24 KO nicht anwendbar.[173] Hinsichtlich weiterer Vorrechte, die gegenüber dem Dritterwerber wie eine Vormerkung wirken, sei auf die Literatur zu § 24 KO verwiesen.[174]

10. Absonderungsrechte gem.§§ 77,157 VVG

Außer den in § 49 KO genannten Pfand- und Zurückbehaltungsrechten gewähren die §§ 157 und 77 VVG[175] weitere besondere Absonderungsrechte. Gerade die Bedeutung des § 157 VVG darf man nicht unterschätzen.

a) § 157 VVG

Im Rahmen der Haftpflichtversicherung gewährt § 157 VVG dem geschädigten Dritten im Konkurs des Versicherungsnehmers ein Absonderungsrecht[176] an der Entschädigungsforderung gegen den Versicherer. § 157 VVG will verhindern, daß die Versicherungsforderung der Konkursmasse zugute kommt. Denn dadurch würde der ersatzberechtigte Dritte benachteiligt, während die übrigen Gläubiger einen für sie nicht bestimmten Vorteil erhielten.[177] Die Besonderheit des § 157 VVG liegt darin, daß - im Gegensatz zu den sonstigen Absonderungsrechten gem.§§ 47 ff.KO - ein außerhalb des Konkurses geschütztes Rechtsgut fehlt.[178] Der § 157 VVG ist speziell für den Konkurs geschaffen und stellt insofern etwas Einmaliges dar.[179]

---

172) RGZ 84,107; 108,356; Jaeger-Lent KO § 43 Anm.26; Mentzel-Kuhn KO § 43 Anm.59

173) Jaeger-Lent KO § 24 Anm.4; Mentzel-Kuhn KO § 24 Anm.5; Böhle-Stamschräder KO § 24 Anm.3

174) vgl. Jaeger-Lent KO § 24 Anm.4a; Mentzel-Kuhn KO § 24 Anm.5, § 43 Anm.59

175) vgl. bereits oben S.10

176) Jaeger KO § 49 Anm.12: "Dieses Absonderungsrecht steht auf gleicher Stufe mit denen des § 49 Nr.2"

177) Bruck-Möller-Johannsen VVG (IV) Anm.B 102; Jaeger-Lent KO § 49 Anm.12

178) Bruck-Möller-Johannsen aaO.

179) Schmidtmüller LZ 1913 Sp.932:"gesetzgeberisches Unikum"

aa)Im Hinblick auf § 15 KO bestehen keine Schwierigkeiten,wenn der Versicherungsfall vor Konkursbeginn eintritt und damit die Entschädigungsforderung schon vorher entsteht.Die abgesonderte Befriedigung würde dann gem.§ 4 II KO[180] unabhängig vom Konkursverfahren und unberührt von § 15 KO erfolgen.[181] Das ist nicht anders als bei anderen Absonderungsrechten,die vor dem Konkurs bereits bestanden.Diese Fälle lassen sich in den oben[182] mit § 4 II KO begründeten Zusammenhang einordnen.

bb)Schwieriger wird es mit Blick auf § 15 KO,wenn der Versicherungsfall und die Entschädigungsforderung erst nach Konkurseröffnung entstehen.[183]

aaa)Früher herrschte lebhafter Streit,ob § 157 VVG auch für diesen Fall gilt.[184] Ohne § 15 KO zu erwähnen,meint Johannsen[185],§ 157 VVG sei immer dann anwendbar,wenn ein Anspruch gegen die Konkursmasse bestehe.Dabei sei es gleichgültig,ob es sich um eine Konkursforderung oder eine Masseforderung[186] handele. Bei Eintritt des Versicherungsfalles nach Konkursbeginn dürfte regelmäßig eine Masseforderung gegeben sein.[187] Diese Gedanken sind auch im Hinblick auf § 15 KO verwertbar.Denn sieht man im Absonderungsrecht des § 157 VVG eine Sicherung einer Masseforderung,so kann deren Verwirklichung schon aus den oben[188] erläuterten Gründen nicht an § 15 KO scheitern.

---

180)vgl.Jaeger-Lent KO § 49 Anm.12

181)Einzelheiten bei Bruck-Möller-Johannsen aaO.B 103

182)oben S.45,46

183)vgl.dazu schon Schünemann LZ 1923,Sp.445 ff.; Jaeger KO § 49 Anm.1; Jaeger-Lent KO § 49 Anm.12[5]

184)vgl.Bruck-Möller-Johannsen aaO.B.105 m.w.N.

185)Johannsen in Bruck-Möller-Johannsen aaO.

186)abweichend hier Schünemann aaO.Sp.446,der meint, für den Masseanspruch sei kein Absonderungsrecht erforderlich.

187)Setzt der Gemeinschuldner die Privathaftpflicht fort,so ist für § 157 VVG sowieso kein Raum,vgl. Bruck-Möller-Johannsen aaO. und Schünemann aaO.

188)oben S.47,48

bbb)Auch die Stimmen in der konkursrechtlichen Literatur halten § 157 VVG für anwendbar,ohne daß § 15 KO entgegensteht,jedoch mit anderer Begründung: Mentzel,Kuhn und Lent[189] meinen,das Absonderungsrecht des Geschädigten sei schon vor Konkurseröffnung bedingt begründet gewesen.Denn die Entschädigungsforderung habe schon vorher als bedingter Anspruch bestanden und sei bereits mit dem bedingten Anspruch des Geschädigten belastet gewesen.Der Versicherungsanspruch erwachse daher als Bestandteil der Masse bedingt belastet mit dem Absonderungsrecht des Haftpflichtgläubigers.[190]

Diese Gedankengänge erscheinen uns überkonstruiert. Wie soll ein Geschädigter,der bei Konkurseröffnung noch gar keinen Schaden erlitten hat,bereits ein bedingtes Absonderungsrecht haben? Außerdem kann der Bedingungsbegriff hier überhaupt nur im Sinne einer "Rechtsbedingung" gemeint sein.Denn sämtliche noch zum "Bedingungseintritt" erforderlichen Merkmale gehören zum Tatbestand des § 157 VVG bereits von Rechts wegen.Wie oben[191] gezeigt,können sich bedingte Absonderungsrechte gem.§ 161 I S.2 BGB aber nur gegenüber § 15 KO durchsetzen,wenn es sich um "echte" rechtsgeschäftliche Bedingungen handelt.Für eine Ausdehnung auf Rechtsbedingungen ist kein Raum.Zudem wäre hier ja nicht ein einziges Tatbestandsmerkmal vor Konkursbeginn gegeben.Das aber würde sogar § 67 KO,der auch Rechtsbedingungen erfaßt,voraussetzen.[192]

---

189)Mentzel KO § 49 Anm.34; Mentzel-Kuhn KO § 49 Anm.33; Jaeger-Lent KO § 49 Anm.12(5).-- Dagegen ist Jaeger (KO § 49 Anm.12 a.E.) vorsichtiger.Er sagt nichts von "bedingtem" Erwerb.Vielmehr meint er,der Versicherungsanspruch sei schon belastet mit dem Absonderungsrecht zur Entstehung gelangt.Folgt man dem,so kann man bereits den Wortlaut des § 15 KO verneinen.

190)so Mentzel aaO., Kuhn aaO. und Lent aaO.

191)oben S.60,61

192)vgl.Einzelheiten zu § 67 KO oben S.61

Daher ist auch die Ersatzforderung des Dritten keine bedingte Konkursforderung.Es handelt sich hier allenfalls um einen künftigen Anspruch[193] und ein künftiges Absonderungsrecht.Die gesamte Konstruktion ist also als Argument gegenüber § 15 KO nicht haltbar. Das scheint auch Kuhn[194] einzusehen.Denn am Schluß seiner Ausführungen meint er,es erfordere"die Billigkeit"[195],den Entschädigungsanspruch bei Konkurseröffnung auch bereits mit dem Absonderungsrecht des Haftpflichtgläubigers als bedingt belastet anzusehen. Er hält demnach seine Konstruktion wohl doch lediglich für eine Fiktion,die aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt ist.

ccc)Mit der Berechtigung dieser Fiktion müssen wir uns nur auseinandersetzen,wenn man § 15 KO nicht mit einer besseren Begründung ausschließen kann. Einen solchen Grund deutet Mentzel[196] an.Er meint, abgesehen davon,daß das Absonderungsrecht schon bedingt begründet wäre,schalte § 157 VVG den § 15 KO als "lex specialis" aus.Dieses ist unseres Erachtens zutreffend und läßt sich folgendermaßen unterstreichen: § 157 VVG ist im Zusammenhang mit § 156 VVG zu sehen.§ 156 I VVG sieht für den Konkursverwalter eine Einzugs- und Verfügungssperre hinsichtlich der Entschädigungsforderung vor,obwohl diese zur Konkursmasse gehört.Das steht im Gegensatz zu § 6 KO.Blickt man auf die soziale Zweckbindung,die § 157 VVG in sinnvoller Ergänzung des § 156 I VVG verfolgt,so wird deutlich:§ 157 VVG soll von dem Prinzip des § 15 KO,nach dem die Konkursmasse den Konkursgläubigern zugute kommt,zugunsten des Geschädigten eine klare Ausnahme machen.Daher dringt das speziell für den Konkurs geschaffene Absonderungsrecht des § 157 VVG gegenüber § 15 KO als lex specialis durch.

---

193)Zum Gegensatz zwischen bedingter und künftiger Forderung vgl.Jaeger KO § 67 Anm.1 a.E., § 3 Anm.18

194)Kuhn in Mentzel-Kuhn KO § 49 Anm.33

195)auch Jaeger (KO § 49 Anm.12 a.E.) beruft sich zur Rechtfertigung seiner Ansicht auf die "Billigkeit"

196)Mentzel KO § 49 Anm.34

b) § 77 VVG

§ 77 VVG betrifft besondere Rechte des Versicherungsnehmers,der mit dem Versicherer eine "Versicherung für fremde Rechnung"[197] abgeschlossen hat (entspr. § 888 HGB).Im Gegensatz zu § 157 VVG ist § 77 VVG abdingbar[198] und auch außerhalb des Konkurses anzuwenden.[199]

aa)Im Rahmen des § 77 VVG sind Satz 1 und Satz 2 zu unterscheiden.Gem.§ 77 S.1 hat der Versicherungsnehmer im Konkurs des Versicherten ein Zurückbehaltungsrecht am Versicherungsschein wegen der Ansprüche,die ihm gegen den Versicherten hinsichtlich der versicherten Sache zustehen.[200] In Betracht kommen hier namentlich gezahlte Prämien und Auslagen,bei einer Transportversicherung auch die Provision.[201] Anders als beim Zurückbehaltungsrecht gem.§ 49 Nr.3 KO gilt das auch,wenn die Versicherung nicht als eine werterhöhende Verwendung auf die Sache anzusehen ist. Hierdurch wird die Stellung des Versicherungsnehmers besonders verstärkt.[202]

Gem.§ 77 S.2 VVG kann sich der Versicherungsnehmer außerdem wegen der genannten Ansprüche aus der Versicherungsforderung oder aus der nach Konkurseröffnung eingezogenen Entschädigungssumme vorzugsweise befriedigen.[203] Diese Bestimmung gewährt dem Versicherungsnehmer im Konkurs des Versicherten also zusätzlich ein Absonderungsrecht.[204] Wegen der Ver-

---

197)vgl.§ 74 VVG und RGZ 89,25; 95,251

198)Prölls-Martin VVG § 77 Anm.7

199)Prölls-Martin VVG § 77 Anm.5; Jaeger-Lent KO § 49 Anm.46

200)vgl.Jaeger-Lent aaO.

201)vgl.Mentzel-Kuhn KO § 49 Anm.29

202)vgl. schon Kisch III S.547

203)Die juristische Natur dieses Befriedigungsrechts war früher hart umstritten,vgl.Kisch III S.548 Fn.8 m.w.N. und Bruck,Privatversicherungsrecht S.614,615 Fn.67 m.w.N.

204)Mentzel-Kuhn aaO.; Jaeger-Lent aaO.; Jaeger Lehrbuch S.115 Fn.20

fügungssperre des § 75 II VVG wird der Konkursverwalter die Versicherungsforderung kaum einziehen. Daher ist die 2.Alternative "Befriedigung aus der eingezogenen Entschädigungssumme" praktisch bedeutungslos.Sie ist außerdem auch unklar,denn das Absonderungsrecht hätte sich dann gem.§ 59 Nr.1 oder Nr.3 KO in einen Masseanspruch umgewandelt.[205]

bb)Hinsichtlich § 15 KO könnten Probleme auftauchen, falls die Entschädigungsforderung gegen den Versicherer und damit das Befriedigungsrecht aus § 77 S.2 VVG erst nach Konkurseröffnung entstehen.Dazu hat sich in der konkursrechtlichen Literatur oder in den Kommentaren zum VVG noch niemand geäußert. Das erübrigt sich auch,wenn man die Verwertungsbefugnis des Satzes 2 nur als verstärkten Ausfluß des bereits nach Satz 1 begründeten Zurückbehaltungsrechts ansieht.[206] Dann steht der selbständigen Befriedigung des Versicherungsnehmers die Regel des § 15 KO schon gemäß § 4 II KO nicht im Wege.[207]

Zu klären bleibt aber die Wirkung des § 15 KO,falls auch das Zurückbehaltungsrecht gem.§ 77 S.1 VVG selbst erst aus der Zeit nach Konkursbeginn stammt. Das kommt praktisch aber nur in Betracht,wenn dem Versicherungsnehmer Ansprüche zustehen,die er gegenüber der Konkursmasse des Versicherten erworben hat. Er müßte dann Massegläubiger sein und könnte sich damit auch auf die besonderen Zurückbehaltungs- und Absonderungsrechte des § 77 VVG berufen.Die Verwirklichung von Masseansprüchen soll § 15 KO nicht vereiteln.[208] Entsprechend ließ sich auch schon im Rahmen des § 157 VVG argumentieren.[209]

---

205)Prölls-Martin VVG § 77 Anm.4; Jaeger-Lent KO § 49 Anm.46; Mentzel-Kuhn KO § 49 Anm.29

206)so wohl Jaeger Lehrbuch S.115 Fn.20

207)Einordnung dann unter § 4 II KO,vgl.oben S.45,46

208)vgl.oben S.47,48

209)s.oben S.71

Zudem entspricht es der besonderen Situation der Versicherung für fremde Rechnung,daß der Versicherte gem.§ 75 II VVG von der Verfügungsbefugnis über die Rechte aus dem Versicherungsvertrag ausgeschlossen bleibt.Grundsätzlich soll nur der Versicherungsnehmer den Versicherungsschein erhalten (§ 75 I S.2 VVG),obwohl die Rechte aus dem Versicherungsvertrag gem.§ 75 I S.1 VVG dem Versicherten zustehen.Das gilt auch im Konkurs,die Befugnisse der Masse und des Konkursverwalters sind entsprechend eingeengt. § 75 II VVG ist mit § 156 I VVG vergleichbar.Dort fiel die Entschädigungsforderung zwar in die Masse, die Verfügung über dieselbe war dem Verwalter aber untersagt.[210] In den §§ 75,77 VVG zeigt sich also ebenfalls eine soziale Regelung,die im Gegensatz zu den konkursrechtlichen Grundsätzen der §§ 6 und 15 KO steht.Deshalb ist § 77 VVG ebenso wie § 157 VVG lex specialis gegenüber § 15 KO.Auch aus diesem Grunde können die Rechte des § 77 VVG noch nach Konkurseröffnung entstehen,ohne daß § 15 KO eingreift.

c) Zusammenfassung

Soweit die Absonderungsrechte und Zurückbehaltungsrechte der §§ 157 und 77 VVG bereits bei Konkurseröffnung bestehen,bleibt deren Verwirklichung schon gem.§ 4 II KO von § 15 KO unberührt.Etwas anderes gilt,wenn der Versicherungsfall und die Entschädigungsforderung erst nach Konkursbeginn entstehen. Dann dringen die gem.§§ 157 und 77 VVG Begünstigten aus verschiedenen Gründen gegenüber § 15 KO durch: Zunächst kann man bei enger Auslegung bereits einen "Erwerb von Rechten an Massegegenständen" verneinen. Denn die Gegenstände sind,sobald sie in die Masse fallen,bereits mit den Rechten der §§ 77,157 VVG belastet.Zudem kann man davon ausgehen,daß die gem. §§ 157,77 VVG Berechtigten regelmäßig zugleich Massegläubiger sind.Deren Ansprüche aber lassen sich unberührt von § 15 KO realisieren.Schließlich sind die §§ 77 und 157 VVG leges speciales gegenüber § 15 KO,das zeigt sich in der besonderen Zweckbindung.

---

210)vgl.oben S.73

11. Zusammenfassung

a)Innerhalb und außerhalb der Konkursordnung gibt es zahlreiche Regelungen,die einen Rechtserwerb an Massegegenständen ausdrücklich auch noch nach Konkurseröffnung ermöglichen und somit § 15 KO verdrängen.Innerhalb der KO sind die §§ 6,17,117,134 Nr.2; 4 II,47 ff.; 53 f.; 57 ff.; 15 S.2 und 24 KO zu nennen.Außerhalb der KO ist besonders auf § 161 I S.2 BGB zu verweisen.Außerdem kommen die §§ 377 BGB; 1098 II BGB i.V.m. § 24 KO; § 77 und § 157 VVG in Betracht.

b)Die inneren Gründe für die Konkursbeständigkeit dieser Vorschriften sind teilweise recht unterschiedlich:

aa)Verfügungen des Konkursverwalters (1) sind ebenso wie Maßnahmen zur Sicherung von Masseansprüchen (4) schon durch den Konkurszweck gedeckt.Sie stellen nicht eigentliche Ausnahmen,sondern bereits innere,durch das Konkursverfahren selbst erforderliche Begrenzungen des § 15 KO dar.

bb)Absonderungsberechtigte (2) und Aufrechnungsbefugte (3) tragen grundsätzlich kein Konkursrisiko. Daher bleiben sie von der Konkurseröffnung unberührt.Auch hier führen grundlegende Wertungen der Konkursordnung nicht zu einer Durchbrechung,sondern zu einer sinnvollen Beschränkung des § 15 KO.

cc)Auch in fast allen übrigen Fällen hat der Erwerber regelmäßig bereits eine bei Konkursbeginn bestehende konkursfeste Position inne.Diese kennzeichnet sich dadurch,daß dem Konkursverwalter die Hände gebunden sind.Zudem ist die Vollendung des Rechtserwerbs nicht mehr vom Gemeinschuldner abhängig.

Eine solche Bindung oder Verfügungsbeschränkung des Konkursverwalters zeigt sich in den Regelungen der §§ 878 BGB (5a); 883 II S.2 BGB, 24 KO (6); 161 I S.2 BGB (7); 377 I BGB (8) und 1098 II BGB i.V.m. 883 II S.2 BGB, 24 KO (9).Damit läßt sich die Konkursbeständigkeit der Erwerbsposition untermauern.Ähnliches gilt auch von den Verfügungssperren der §§ 75 II und 156 I VVG im Rahmen der Rechte gem.§§ 77 und 157 VVG (10). Diese Tatbestände kann man jedoch schon dem § 4 II KO (2) oder den §§ 57 ff.KO (4) zuordnen,wenn man die §§ 77 und 157 VVG nicht nur als leges speciales sehen will.

dd)Auf einem ganz anderen rechtlichen Hintergrund beruht die Ausnahmeregelung des § 15 S.2 KO i.V.m. §§ 892,893 BGB (5b,c).Sie ist durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und das damit verbundene Prinzip der Rechts- und Verkehrssicherheit gedeckt.

Inwieweit noch andere überragende Rechtsgüter der Allgemeinheit geeignet sind,den Erwerb von Massegegenständen trotz § 15 KO zu ermöglichen,werden die weiteren Ausführungen zeigen.

III. Übrige ebenfalls gegenüber § 15 KO durchdringende Tatbestände

1. Bloßer Wechsel des Rechtsträgers

Bei rechtsgeschäftlicher, richterlicher oder gesetzlicher Übertragung von Rechten, die bereits vor Konkurseröffnung zugunsten eines Dritten bestanden, bleibt die Lage der Konkursgläubiger in der Regel unberührt. Nach dem Zweck des § 15 KO kann ein solcher Rechtserwerb, der die Konkursmasse überhaupt nicht beeinträchtigt, auch nicht unwirksam sein.[211] Diese Zweckbeschränkung kann man bereits der Rechtsfolge "den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" entnehmen.[212] Dann wären diese Tatbestände schon nicht vom Wortlaut des § 15 KO erfaßt. Darauf wollen wir uns hier aber nicht stützen. Denn eine derartige Auslegung der Fassung "den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" ist nicht ohne weiteres erkennbar. Es dürfte daher nur verwirren, wenn wir diese Fälle bereits der 1. Stufe zuordnen. Dort haben wir bisher nur die Tatbestände aufgeführt, die offensichtlich nicht unter den Wortlaut des § 15 KO fallen.

a) Rechtsgeschäftlicher Rechtsübergang, besonders Rangtausch gem. § 880 BGB

Wie gerade erwähnt, bleibt die Lage der Konkursgläubiger beim rechtsgeschäftlichen Übergang eines bestehenden Rechts regelmäßig unberührt. Das gilt auch beim Stellentausch zweier Realgläubiger des Gemeinschuldners gem. § 880 BGB, selbst wenn der Masse ein Zwischenrecht zusteht. Denn gem. § 880 V BGB bleiben Zwischenrechte unberührt. § 15 KO greift nicht ein.[213] Ist jedoch der zurücktretende, nicht aber der vortretende Realgläubiger zugleich Konkursgläubiger, so

---

211) Jaeger-Lent KO § 15 Anm. 24; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm. 3; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm. 5

212) vgl. oben S. 18, 19

213) Jaeger-Lent KO § 15 Anm. 26[2]

kann sich eine Benachteiligung der Konkursmasse ergeben (vgl. § 64 KO).Daher soll in diesen Fällen § 15 KO entgegenstehen.[214]

aa)Das erscheint zunächst aus der Sicht des vortretenden Realgläubigers unverständlich,besonders wenn die Rangänderung nicht unter § 880 II S.2 BGB fällt. Denn dann kann er sich darauf verlassen,daß eine Zustimmung des Eigentümers,hier also des Konkursverwalters[215],nicht erforderlich ist.Gemäß § 880 II S.2 BGB muß der Eigentümer nur beim Zurücktreten einer Hypothek,Grund- oder Rentenschuld einwilligen,denn da könnte eine mögliche Eigentümerhypothek benachteiligt werden.[216] In allen anderen Fällen vollzieht sich der Rangtausch ohne Mitwirkung des Eigentümers.Demnach könnte man meinen,auch die Konkurseröffnung über dessen Vermögen müsse ohne Einfluß bleiben.

bb)Ein anderes Ergebnis ließe sich gerade aus dem Blickwinkel des vortretenden Realgläubigers nur erklären,wenn man den Gedanken des § 880 III BGB heranzieht:Die Zustimmung eines Dritten ist entsprechend § 876 BGB nötig,falls das zurücktretende Recht mit einem Rechte dieses Dritten belastet ist.Man müßte im Konkurs eine vergleichbare "Drittberechtigung" der Konkursgläubigerschaft feststellen.Dann wäre entsprechend §§ 880 III,876 BGB deren Mitwirkung erforderlich.Damit würde auch aus der Sicht des Realgläubigers verständlich,daß sein Rangtausch im Konkurs scheitern kann,auch wenn § 880 II S.2 BGB nicht eingreift.

---

214)so Jaeger-Lent KO § 15 Anm.26^2; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.5

215)vgl.Jaeger-Lent KO § 15 Anm.26^2:"Die nach § 880 II S.2 BGB erforderliche Zustimmung hat bei Massegegenständen der Konkursverwalter zu erteilen"

216)RGZ 88,164; Palandt-Degenhart § 880 Anm.3; Staudinger-Seufert § 880 Anm.18; Soergel-Baur § 880 Anm.12

Bilden wir ein Beispiel an Hand von Hypothekenvormerkungen,bei denen eine Zustimmung des Eigentümers gem.§ 880 II S.2 BGB entbehrlich ist[217]:Nichtkonkursgläubiger N und Konkursgläubiger K haben je eine Hypothekenvormerkung über 1000.-DM an einem Grundstück des Gemeinschuldners.Tauscht nun K seinen günstigeren Rang mit N gem.§ 880 II S.1 BGB und reicht das Grundstück nur zur Befriedigung des N, so verschlechtert sich die Lage der Konkursgläubigerschaft wesentlich.K hat nach seinem Ausfall mit der Hypothekenvormerkung noch seine Konkursforderung.Mit dieser nimmt er gem.§ 64 KO unter Umständen in voller Höhe von 1000.-DM am Konkursverfahren teil.[218] Wäre dem K der günstigere Rang geblieben,so hätte er sich in voller Höhe befriedigt (§ 24 KO),seine Konkursforderung könnte er nicht zusätzlich geltend machen.[219] N müßte sich allein an seinen persönlichen Schuldner halten.Die verbleibende Konkursmasse wäre nicht durch die Teilnahme einer Konkursforderung in Höhe von 1000.-DM zusätzlich belastet.Also wird die Konkursgläubigerschaft erheblich benachteiligt. Sie hat daher ein berechtigtes Interesse daran,daß ihre Mitglieder nicht zugunsten Dritter mit ihren Befriedigungsrechten an den Grundstücken der Konkursmasse zurücktreten.In diesen Fällen muß,vergleichbar mit dem Gedanken des § 880 III BGB,zum Schutz der Konkursgläubiger die Zustimmung des Verwalters erforderlich sein.[220] Das aber ist nur zu erreichen,

---

217)vgl.Palandt-Degenhart § 880 Anm.3c m.w.N.

218)vgl.Böhle-Stamschräder KO § 64 Anm.3 m.w.N.

219)Böhle-Stamschräder KO § 64 Anm.4 m.w.N.

220)Eine vor Konkurseröffnung erteilte Zustimmung des Gemeinschuldners kann hier die Einwilligung des Konkursverwalters nicht ersetzen,anders im Grundfall des § 876 BGB,vgl.oben S.51,52.Denn hier entsteht die "Drittberechtigung" erst mit der Konkurseröffnung zugunsten der Konkursgläubigerschaft.Im Grundfall des § 876 BGB dagegen war der Gemeinschuldner selbst bereits vorher der Drittberechtigte.

wenn man den Rangtausch an § 15 KO scheitern läßt.[221] Dem Konkursverwalter bliebe es vorbehalten, durch Genehmigung die Wirkung des § 15 KO auszuschalten.[222] Somit wird auch aus der Sicht des vortretenden Realgläubigers verständlich, daß sein Rangtausch im Konkurs unter diesen Umständen nicht wirksam wird.

b) Gesetzlicher Rechtsübergang

Der gesetzliche Übergang aller für eine Forderung bestehenden Hypotheken und Pfandrechte (§§ 401,412, 1153,1250,1273 BGB) vollzieht sich von § 15 KO unberührt, wenn die Forderung selbst durch Abtretungsvertrag oder ebenfalls kraft Gesetzes übertragen wurde. Hier sind neben den §§ 426 II und 774 BGB besonders die Fälle zu erwähnen, in denen ein Dritter von einer ihm zustehenden Einlösungsbefugnis Gebrauch macht (§§ 268,1150,1249 BGB) und kraft Gesetzes das Absonderungsrecht des Befriedigten erwirbt.[223]

2. Verwirklichung eines Rangvorbehalts (§ 881 BGB)

Hat sich ein Eigentümer bei der Belastung seines Grundstücks durch den späteren Gemeinschuldner die Befugnis vorbehalten, ein dem Umfang nach bestimmtes Recht mit dem Range vor jenem Recht einzutragen (Rangvorbehalt gem. § 881 BGB)[224], so kann dies auch nach Konkurseröffnung nicht an § 15 KO scheitern.[225] Zur Begründung führt Lent[226] an, es handele sich beim Vorbehalt um eine "dingliche Rechtsstellung (freilich umstrittener Art)". Westermann[227] sieht im Rang-

---

221) Würde man darüber hinaus § 880 III BGB sogar analog zugunsten der Konkursgläubigerschaft anwenden, so wäre § 15 KO ganz überflüssig. Im Ergebnis bestände allerdings kein Unterschied.

222) vgl. oben S. 18

223) Einzelheiten bei Jaeger-Lent KO § 15 Anm. 30-33

224) zur wirtschaftlichen Bedeutung vgl. BGHZ 12,245-247

225) Jaeger-Lent KO § 15 Anm. 26^2; Jaeger KO § 15 Anm. 26

226) Lent in Jaeger-Lent aaO.

227) Westermann § 83 I 4; ebenso schon Planck-Strecker § 881 Bem. 15

vorbehalt eine "bedingte Rangänderung",wobei die Bedingung in der Ausübung durch den Eigentümer liegt. Damit könnte man diesen Fall anscheinend bereits im Rahmen des gem.§ 161 I S.2 BGB konkursfesten Rechtserwerbs[228] einordnen.Jedoch ist hier die Bedingung wohl nur als "Rechtsbedingung" anzusehen.Daher käme allenfalls Analogie zu § 161 I S.2 BGB in Betracht. Hält man mit der herrschenden Meinung[229] den Rangvorbehalt für ein "Stück vorbehaltenes Eigentum",so ergeben sich im Hinblick auf § 15 KO keine Schwierigkeiten.Die Verwirklichung des Vorbehalts wäre dann nur Ausfluß des Eigentumsrechts des Grundstückinhabers.An diesem ständen dem Inhaber des belastenden Rechts,und somit der Konkursmasse,keinerlei Befugnisse zu.Ein "Gegenstand der Konkursmasse" im Sinne des § 15 KO wäre somit gar nicht berührt.Allerdings sehen auch die meisten Vertreter dieser Meinung im Vorbehalt aus der Sicht des Inhabers des belastenden Rechts eine "bedingte Vorrangseinräumung" oder zumindest eine "Art bedingte Rangeinräumung".[230] Besser ist es wohl,wenn man den Begriff der Bedingung, der hier nur Verwirrung stiftet,herausläßt und lediglich von "inhaltlicher Beschränkung"[231] spricht. Folglich ist für § 15 KO kein Raum.

3. Umwandlung des wirksam begründeten Rechts kraft Gesetzes (dingliche Surrogation)

Die gesetzliche Umwandlung eines wirksam begründeten Rechts an Massegegenständen scheitert nach Konkursbeginn ebenfalls nicht an § 15 KO.[232] Zu erwähnen sind hier der Nießbrauchserwerb am vom Schuldner geleisteten Gegenstande gem.§ 1075 BGB,der Erwerb

---

228)Einzelheiten oben S.60-66

229)BGHZ 12,245; Staudinger-Seufert § 881 Bem.15; Palandt-Degenhart § 881 Anm.1b; RGRK-Pritsch § 881 Anm.10

230)Staudinger-Seufert aaO. m.w.N.; RGRK-Pritsch aaO.

231)vgl.auch Palandt-Degenhart aaO. und Staudinger-Seufert aaO.

232)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.26[1]; Jaeger KO § 15 Anm.26

einer Sicherungshypothek gem.§ 1287 S.2 BGB oder § 848 II ZPO,der Übergang von Forderungspfandrechten in Sachpfandrechte gem.§ 1287 S.1 BGB oder § 847 ZPO und die Umwandlung eines Rechts gem.§ 92 ZVG.[233] Bereits erörtert haben wir die Maßnahmen,die lediglich dazu dienen,durch dingliche Surrogation entstandene Rechte zu erhalten.[234] In den nun zu behandelnden Fällen geht es um die gesetzmäßige Entwicklung eines bereits erworbenen Rechts.

aa)Bei strenger Auslegung fallen diese Tatbestände schon deshalb nicht unter den Wortlaut des § 15 KO. Das allein kann unseres Erachtens aber kaum befriedigen.Entscheidend ist,daß der betreffende Gegenstand jeweils bereits belastet in die Konkursmasse gelangt. Unbelastet hat er zuvor nie zum vom Konkursbeschlag erfaßten Vermögen gehört.Aus diesem Grunde steht § 15 KO bereits vom Wortlaut her nicht entgegen.[235]

bb)Zwei weitere Gesichtspunkte lassen sich ergänzend anführen,um dieses Ergebnis zu untermauern: Einmal können Absonderungsberechtigte gem.§ 4 II KO außerhalb des Konkursverfahrens die Verwertung ihrer Rechte betreiben.Das vermag auch § 15 KO nicht zu vereiteln.[236] Die lediglich gesetzmäßige Entwicklung bestehender Absonderungsrechte stellt gegenüber der Verwertung nur ein "Minus" dar,denn sie führt nicht zur eigentlichen Befriedigung.Daher muß die Umwandlung kraft Gesetzes erst recht vom Konkursverfahren und damit von § 15 KO unberührt bleiben.Zum anderen wird die Konkursmasse keiner gesteigerten Belastung ausgesetzt.Denn sie erwirbt selbst erst die entsprechenden Gegenstände,an denen sich die Rechte kraft Gesetzes fortsetzen.Daher tritt auch keine Verschlechterung

---

233)vgl.Einzelheiten bei Jaeger-Lent KO § 15 Anm.26[1]
234)vgl.oben S.37,38
235)ähnlich auch RGZ 53,353
236)s.oben S.45,46

der Lage der Konkursgläubiger ein.Wie schon beim bloßen Wechsel des Rechtsträgers[237] kann deshalb § 15 KO bereits seinem Zweck nach nicht eingreifen.

4. Gesetzliche Erweiterung von Absonderungsrechten

Ähnlich wie die eben erörterten Umwandlungen sollen auch die gesetzlichen Erweiterungen bestehender Absonderungsrechte von der Schranke des § 15 KO unberührt bleiben.[238]

a) Erweiterung gem.§ 949 S.3 BGB i.V.m.§§ 946 ff.BGB

Zunächst sind hier die Erweiterungen durch tatsächlichen Substanzzuwachs der belasteten Massegegenstände zu nennen,also durch Verbindung (§§ 946,947 BGB) oder Vermischung (§ 948 BGB).[239] Gemäß § 949 S.3 BGB erstrecken sich die am Grundstück (§ 946 BGB) oder der bisherigen Hauptsache (§§ 947 II,948 BGB) bestehenden Belastungen auf die hinzutretende Sache.Besonders häufig dürfte dabei in der Praxis der Fall sein, daß sich die hypothekarische Haftung eines Grundstücks durch Einsäen,Einbauen,Einpflanzen oder sonstigen Hinzutritt wesentlicher Bestandteile (§§ 946,93,94 BGB) erweitert.[240]

aa)Auch hier kann man,wie schon entsprechend bei der gesetzlichen Umwandlung[241],von einer "gesetzmäßigen Entwicklung bereits bestehender Rechte" sprechen.Wer es sich leicht macht,wird schon deshalb den "Erwerb" im Sinne des § 15 KO bei strenger Auslegung verneinen. Wie schon erwähnt[242],erscheint uns diese Begründung

---

237)vgl.Einzelheiten oben S.79

238)so Jaeger-Lent KO § 15 Anm.28; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.14; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.6; auch RGZ 53,353

239)vgl.Mentzel-Kuhn aaO. und Böhle-Stamschräder aaO. Zudem nennen Mentzel-Kuhn aaO. und Böhle-Stamschräder aaO. auch den Substanzzuwachs durch Verarbeitung.Das ist aber wegen § 950 II BGB nicht richtig!

240)Jaeger-Lent aaO.; vgl.auch RGZ aaO.

241)vgl.oben S.84

242)s.oben S.84

allein wenig befriedigend.Erforderlich ist,daß die betreffende Sache,auf die sich das Absonderungsrecht erstrecken soll,zuvor nicht zur Masse gehörte.Damit ist gewährleistet,daß die Belastung nicht einen vorher noch pfandfreien Gegenstand erfaßt.Nur dann bleibt die Erweiterung bereits vom Wortlaut des § 15 KO unberührt.[243] Diese Voraussetzungen sind erfüllt,falls die hinzutretenden wesentlichen Bestandteile erst durch die Verbindung oder Vermischung selbst in die Konkursmasse gefallen sind.Diesen Tatbeständen steht ebenso wie bei der dinglichen Surrogation[244] schon der Wortlaut des § 15 KO nicht entgegen.

bb)Soweit die Erweiterungen jedoch zu einer nachträglichen Mehrbelastung der Masse führen,sind sie auch in ihrer Wirkung mit den Fällen der dinglichen Surrogation nicht vergleichbar.Dann greift § 15 KO seinem Wortlaut nach (mindestens in erweiterter Auslegung) ein.Das ist der Fall,wenn die späteren wesentlichen Bestandteile zunächst als selbständige Sachen unbelastet zur Konkursmasse zählten.§ 949 BGB gilt entsprechend,falls alle Sachen dem gleichen Eigentümer gehörten.[245] Jedoch soll § 15 KO auch in diesen Fällen nicht entgegenstehen,wobei man allgemein keinen Unterschied zu den vorher erwähnten Tatbeständen macht.[246]

cc)Uns erscheint eine zusätzliche Begründung wegen des genannten erheblichen Unterschieds unerläßlich: Beim Hinzutritt wesentlicher Bestandteile,wie beispielsweise beim Einbau vorher selbständiger Massegegenstände,ist von Grundsatz des § 93 BGB auszugehen. Danach können wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein.Der Zweck dieser Vorschrift besteht darin,die wirtschaftliche Einheit möglichst zu

---

243)vgl.auch ähnliche Ausführungen in RGZ 53,353 im Rahmen der Erweiterung gem.§ 1120 BGB

244)vgl.oben S.84

245)Palandt-Degenhart § 949 Anm.3

246)so Jaeger-Lent KO § 15 Anm.28 und Jaeger KO § 15 Anm.28

erhalten und Schwierigkeiten auszuschließen,die aus einer unterschiedlichen Zuordnung der einzelnen wesentlichen Bestandteile entstehen könnten.[247] § 93 BGB enthält zwingendes Recht.

Der absolute Vorrang des Grundstückeigentümers gegenüber dem Eigentümer beweglicher Sachen bei der Verbindung gem.§ 946 BGB ist historisch bedingt.Er hat den Vorteil,einfach zu sein und dem Realkredit eine sichere Grundlage zu geben.[248] Deshalb erstrecken sich die Grundstücksbelastungen auch auf wesentliche Bestandteile,wobei es nicht darauf ankommen kann,ob diese erst später hinzutreten.

Auch in den Fällen der §§ 947,948 BGB bei der Verbindung und Vermischung beweglicher Sachen gibt das Interesse den Ausschlag,neu entstandene wirtschaftliche Einheiten rechtlich einheitlich zu behandeln.[249] § 947 BGB ist ebenso wie § 946 BGB und § 93 BGB zwingend.[250] Entscheidend im Rahmen der §§ 947,948 BGB ist die allgemeine Bedeutung der betreffenden Teile für das Wesen des Ganzen.Dies ist nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen.[251] Sie kann nicht vom Konkurs abhängig sein.Ist demnach der bereits belastete Massegegenstand als Hauptsache zu bewerten,so muß sich die Belastung auch auf die hinzutretende Nebensache erstrecken.Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob diese Nebensache bereits vorher unbelastet zur Konkursmasse gehörte.Der Gedanke der wirtschaftlichen Einheit und der damit verbundenen Sicherung der Realkreditgeber ist gerade im Konkurs des Grundstückseigentümers bzw. des Eigentümers der Hauptsache von entscheidender Bedeutung.Demgegenüber müssen die Interessen der einfachen Konkursgläubiger zurücktreten.

---

247)Westermann § 52 I 1

248)Westermann § 52 II 1a

249)Baur § 53c I 1

250)Palandt-Degenhart § 947 Anm.3; Soergel-Mühl § 947 Anm.6

251)BGHZ 20,159,163; RGZ 157,244; Palandt-Degenhart § 947 Anm.2b; Soergel-Mühl § 947 Anm.4

Aus diesem Grunde kann § 15 KO,obwohl er dem Wortlaut nach eingreift,nicht entgegenstehen.

dd)Abschließend sei noch auf eine weitere Überlegung verwiesen,die auch in den Entscheidungen des Reichsgerichts[252] anklingt.In den erörterten Fällen der nachträglichen Erweiterung von Absonderungsrechten, besonders der hypothekarischen Haftung,dürften regelmäßig Maßnahmen des Konkursverwalters vorliegen.Diese sind zur Bewirtschaftung und Nutzung des Grundstücks erforderlich und kommen somit der Konkursmasse zugute.Nun geht schon aus den §§ 6,17,117 ff.,134 Nr.2 KO eindeutig hervor,daß der Konkursverwalter im Wege der Verwertung durchaus auch Massegegenstände verpfänden darf.[253] Wenn die Konkursgläubiger demnach sogar rechtsgeschäftliche Belastungen hinnehmen müssen,dann kann nichts anderes für gesetzliche Belastungen gelten,die infolge tatsächlicher Verwaltermaßnahmen eintreten.§ 15 KO greift nicht ein.

ee)Zu prüfen bleibt,ob der Konkursmasse Ausgleichsansprüche zustehen.Das könnte hier fraglich sein.Denn der allein in Betracht kommende § 951 BGB soll sich nur gegen denjenigen richten,der Eigentum an der neuen Sache erworben hat,nicht aber gegen den dinglich Berechtigten,dessen Recht sich gem.§ 949 S.3 BGB auf die gesamte bewegliche oder unbewegliche Sache erstreckt.[254] Es wäre jedoch verfehlt,aus dieser allgemein im Rahmen des § 951 BGB vertretenen Ansicht[255] zu folgern,auch im vorliegenden Fall wäre der dinglich Berechtigte keinem Ausgleichsanspruch ausgesetzt.Diese Meinung geht von dem Regelfall aus,daß der Eigentümer der belasteten Sache gem.§§ 946 ff.BGB Eigentum an einer fremden Sache erwirbt und die verbundenen Sachen nun mithaften.Dann besteht in der Tat nur ein

---

252)RGZ 53,353; RGZ 59,369

253)vgl.oben S.45

254)so RGZ 63,423; Westermann § 54.4; Palandt-Degenhart § 951 Anm.2b

255)vgl.auch Erman-Hefermehl § 951 Rn.9; Soergel-Mühl § 951 Anm.6

Anspruch gegen den neuen Eigentümer,nicht aber gegen den dinglich Berechtigten.

Im hier zu behandelnden Fall jedoch kommt es nicht zu einem Eigentumswechsel.Die Haftungserweiterung betrifft lediglich Gegenstände,die dem Gemeinschuldner schon gehören.Außerhalb des Konkurses wäre ein Entschädigungsanspruch sinnlos.Denn einen wirklichen Rechtsverlust des Eigentümers und eine damit verbundene Vermögensverschiebung zugunsten des dinglich Berechtigten könnte man nicht feststellen.Im Konkurs dagegen liegt die Situation anders:Die Rechtsposition der Konkursgläubiger,nicht des Eigentümers bzw.Gemeinschuldners,wird erheblich beeinträchtigt,da die Sachen vorher unbelastet zur Masse gehörten.Dem steht die gem.§ 949 S.3 BGB erweiterte Zugriffsmöglichkeit des dinglich Berechtigten gegenüber,der ansonsten in Höhe seines Ausfalls gem.§ 64 KO nur auf die Konkursquote angewiesen wäre.Gerade § 951 BGB aber hat die Aufgabe,den durch die §§ 946 ff.BGB erfolgten Rechtsverlust auszugleichen.[256] Die sachenrechtliche Zuordnung soll keine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung bewirken.[257] Dabei ist jeder,der ein Recht einbüßt,zu schützen.Das kann nicht nur,wie im Regelfall,der Voreigentümer sein,sondern unter Umständen auch der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts, wie zum Beispiel eines Pfandrechts oder Nießbrauchs.[258] Die Konkursgläubiger sind hier aber gerade im Hinblick auf die noch unbelasteten Massegegenstände mit Pfandgläubigern vergleichbar.Ihnen ist die Zugriffs- und Verwertungsmöglichkeit infolge der §§ 946 ff.BGB genommen.Deshalb ist dieser Rechtsverlust gem.§ 951 BGB auszugleichen.

---

256)Palandt-Degenhart § 951 Anm.1a; Soergel-Mühl § 951 Anm.1

257)Erman-Hefermehl § 951 Rn.1

258)RGRK-Johannsen § 951 Anm.2; Baur § 53c II 1

b) Erweiterung gemäß § 1120 BGB

Während die §§ 946 ff.BGB allgemein für bewegliche und unbewegliche Sachen gelten,sind darüber hinaus Sonderregeln in den §§ 1120 ff.BGB vorgesehen.Diese betreffen aber nur die Erweiterung von Grundstücksbelastungen.Ein Grundpfandrecht kann sich gem.§ 1120 BGB auch auf Erzeugnisse,sonstige Bestandteile und Zubehör erstrecken.Gerade die nachträgliche Ausdehnung auf Zubehör soll nach allgemeiner Ansicht[259] im Konkurs des Eigentümers trotz § 15 KO möglich sein.

aa)Dem ist zuzustimmen,soweit es sich,wie im allgemein angeführten Beispielsfall,um Zubehörstücke handelt,die dem Gemeinschuldner bei Konkurseröffnung noch nicht gehörten und erst durch Erwerbshandlungen des Verwalters oder des Schuldners in die Masse fielen.Die Konkursmasse wird nicht zusätzlich belastet, denn das Zubehör war niemals zuvor unbelasteter Massegegenstand.Daraus kann man - wie schon entsprechend bei der Erweiterung gem.§ 949 S.3 BGB i.V.m.§§ 946 ff. BGB[260] - folgern,§ 15 KO greife bereits seinem Wortlaut nach nicht ein.Das ist hier aber nicht ganz unproblematisch.Denn regelmäßig bedarf es eines Erwerbsaktes des Konkursverwalters.Dieser aber muß Mittel der Masse aufwenden.Somit ist die Konkursmasse im Ergebnis doch beeinträchtigt,wenn sich das Grundpfandrecht auf das erworbene Zubehör erstreckt.Deshalb läßt sich auch die Ansicht vertreten,§ 15 KO sei anwendbar.Aber auch dann kann § 15 KO wegen der in den §§ 6,17,117 ff.,134 Nr.2 KO enthaltenen Gedanken[261] nicht entgegenstehen.

---

259)RGZ 53,353; Jaeger-Lent KO § 15 Anm.28; Jaeger KO § 15 Anm.28; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.14

260)s.oben S.84

261)Einzelheiten s.oben S.45

bb)Fraglich bleiben die zwar seltenen,aber doch denkbaren Fälle,in denen das spätere Zubehör bereits vorher zur Konkursmasse als selbständige bewegliche Sache gehörte.Erhält diese Sache erst später Zubehöreigenschaft und wird sie damit vom Grundpfandrecht gem.§ 1120 BGB erfaßt,so liegt eine wirkliche zusätzliche Belastung der Konkursmasse vor.Daher ist § 15 KO seinem Wortlaut nach anwendbar.

aaa)Jedoch könnte man hier - wie schon bei der nachträglichen Erweiterung gem.§ 949 S.3 BGB i.V.m. §§ 946 ff.BGB[262]- ebenfalls meinen,der Grundsatz der wirtschaftlichen Einheit und die damit verbundene Sicherung der Realkreditgeber seien vorrangig.Dann müßten die gem.§ 15 KO geschützten Interessen der einfachen Konkursgläubiger zurückweichen.Tatsächlich erstreckt sich die Hypotheken- und Grundschuldhaftung auch aus sehr ähnlichen Gründen zusätzlich auf die nicht wesentlichen Bestandteile,einschließlich der Erzeugnisse und des Zubehörs:Die Gegenstände,die zur Bewirtschaftung des Grundstücks erforderlich sind und die sich aus der Nutzung desselben ergeben,sind zusammen mit dem Grundstück zugunsten des Hypothekars als wirtschaftliche Einheit anzusehen.[263] Nur dann ist es möglich,das Grundstück durch Aufnahme von Realkredit angemessen zu verwerten.[264]

bbb)Trotz dieser Parallele erscheint uns aber eine Gleichbehandlung mit den Fällen der §§ 946 ff.,949 S.3 BGB nicht geboten:Die wirtschaftliche Verknüpfung, die dem Gedanken des § 1120 BGB zugrundeliegt,ist nicht von gleicher Intensität und Unabdingbarkeit wie die Verflechtung,die in den §§ 946 ff.,93 BGB zwischen Grundstück bzw.Hauptsache und wesentlichem Bestandteil zum Ausdruck kommt.Während gem.§ 949 S.1

---

262)s.oben S.86,87

263)vgl.Baur § 39 I 1

264)vgl.Baur aaO.

BGB alle an dem späteren wesentlichen Bestandteil vorher bestandenen Rechte erlöschen,bleibt fremdes Zubehör von der Haftung des § 1120 BGB ausgeschlossen.Neben dem fremden Eigentum am Zubehör bleiben auch die schon bestehenden Pfandrechte mit Wirkung gegenüber dem Grundpfandgläubiger bestehen.[265] Aus diesem Grunde erscheinen uns auch die Konkursgläubiger schutzwürdig.Sie müssen eine Erstreckung der hypothekarischen Haftung auf Zubehör,das vorher unbelastet zur Konkursmasse als selbständige Sache gehörte,nicht hinnehmen.Das gilt allerdings nicht im Regelfall,wenn der Konkursverwalter die Zubehöreigenschaft begründet.Dann kann § 15 KO bereits wegen der in den §§ 6,17,117 ff.,134 Nr.2 KO enthaltenen Gedanken nicht eingreifen.[266] In den anderen seltenen,aber denkbaren Fällen,in denen der Gemeinschuldner oder Dritte (Mieter,Pächter,Eigenbesitzer)[267] tätig werden,verdienen die Konkursgläubiger Schutz gem.§ 15 KO.Nur wenn man"Rechtshandlungen" im Sinne des § 7 KO ganz weit faßt,kann bereits § 7 KO entgegenstehen.

c) Zusammenfassung

Die Erweiterung bestehender Absonderungsrechte gem. § 949 S.3 BGB i.V.m.§§ 946 ff.BGB verstößt ebenso wie die Erstreckung der hypothekarischen Haftung gem. § 1120 BGB dann nicht gegen den Wortlaut des § 15 KO, wenn die hinzutretenden wesentlichen Bestandteile (§§ 946 ff.BGB) oder Zubehörstücke (§ 1120 BGB) zuvor im Eigentum eines Dritten standen.Soweit diese Gegenstände jedoch vorher bereits unbelastet als selbständige Sachen der Konkursmasse angehörten,ist zu differenzieren: Bei der Erweiterung gem.§ 949 S.3 BGB muß § 15 KO zurücktreten,denn der unabdingbare

---

265)Palandt-Degenhart § 1120 Anm.4a m.w.N.

266)vgl.oben S.45 und auch S.88

267)Auch Dritte können Zubehöreigenschaft verleihen, vgl.Beispiele bei Staudinger-Coing § 97 Rn.8

Grundsatz des § 93 BGB und das damit verbundene Prinzip der wirtschaftlichen Einheit zur Sicherung der Realkreditgeber sind vorrangig.Der Konkursmasse steht aber gem.§ 951 BGB ein Ausgleichsanspruch zu. Die Ausdehnung nach § 1120 BGB hingegen beruht nicht auf dem Prinzip des § 93 BGB.Auch sind die Grundsätze der einheitlichen rechtlichen Behandlung nur abgeschwächt durchgeführt.Daher dringen die gem.§ 15 KO zu schützenden Interessen der Konkursgläubiger durch.Soweit jedoch der Konkursverwalter tätig wird,bleibt § 15 KO schon nach dem Konkurszweck (vgl. §§ 6,17,117 ff.,134 Nr.2 KO) außer Betracht.

5. Eigentumserwerb durch Verbindung,Vermischung und Verarbeitung gem.§§ 946 ff.BGB und § 964 BGB

Ein Eigentumserwerb durch Verbindung,Vermischung oder Verarbeitung gem.§§ 946 ff.BGB soll nach Jaeger und Lent[268] trotz § 15 KO während des Konkursverfahrens möglich sein.Unerwähnt bleibt der Erwerb am eingezogenen Bienenschwarm gem.§ 964 BGB.Dieser ist jedoch ebenfalls in diesem Zusammenhang zu behandeln. Zur Begründung führt Lent[269] an:Die Eigentumsveränderung sei in den Fällen der Verbindung (§§ 946,947 BGB) und Vermischung (§ 948 BGB) durch den Zwang der tatsächlichen Verhältnisse und aus wirtschaftlichen Gründen geboten.Dem müsse sich auch der Konkurs beugen.Bei der Verarbeitung zu einer neuen beweglichen Sache (§ 950 BGB) liege die Wertung des Gesetzes zugrunde,daß die Arbeitsleistung dem Stoffeigentum vorgehe.Dieses gelte auch im Konkursfall.

---

268)Jaeger KO § 15 Anm.11; Jaeger-Lent KO § 15 Anm.9(2).--Die bei Jaeger-Lent aaO. zu findenden Verweisungen auf Mentzel KO Anm.8 und Böhle-Stamschräder KO Anm.6 sind allerdings nicht ganz richtig.Denn Mentzel (ebenso Kuhn in Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.14) und Böhle-Stamschräder haben nur die Erweiterung eines Absonderungsrechts gem.§§ 946 ff.BGB,nicht aber den Eigentumserwerb im Auge.

269)Lent in Jaeger-Lent aaO.

Im folgenden sind Hintergrund und Berechtigung jedes der angegebenen Tatbestände zu untersuchen.Dabei wollen wir im Rahmen der Verarbeitung gem.§ 950 BGB auf die umstrittene Frage des Neuerwerbs des Gemeinschuldners eingehen.Eventuelle Wertausgleichsansprüche der Konkursmasse (§ 951 BGB) sind ebenfalls zu erörtern.Schließlich werden wir uns mit dem bisher "übersehenen" § 964 BGB auseinandersetzen.

a) Verbindung und Vermischung gem.§§ 946,947,948 BGB

Die Rechtsordnung bestimmt die Rechtsänderungen in den §§ 946 ff.BGB,um die dingliche Rechtslage an die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse anzupassen.[270] Dabei gibt das "allgemeine Interesse an der einheitlichen rechtlichen Behandlung neu entstandener wirtschaftlicher Einheiten"[271] den Ausschlag.Das kommt besonders deutlich im grundlegenden Prinzip des § 93 BGB[272] zum Ausdruck.

aa)Im Fall des § 946 BGB wäre es wirtschaftlich sinnlos und besonders für die Realgläubiger eines Dritten verwirrend und undurchsichtig,wollte man § 15 KO eingreifen lassen.Der Konkursmasse würde dann weiterhin eine Sache zugeordnet,die bereits mit dem Grundstück dieses Dritten zu einem wesentlichen Bestandteil desselben verbunden ist.Hier muß der Grundsatz des § 93 BGB absoluten Vorrang vor den Interessen der einfachen Konkursgläubiger haben.Das ist nicht zuletzt gerade zum Schutz der Realkreditgeber des Grundstückeigentümers gerechtfertigt.[273]

bb) Im Rahmen der §§ 947,948 BGB wäre es ebenfalls wirtschaftlich unsinnig und mit dem Prinzip des § 93 BGB nicht vereinbar,wollte man die Konkursgläubiger gem.§ 15 KO schützen.Bei der Verbindung (§ 947 BGB) oder Vermischung (§ 948 BGB) mehrerer beweglicher

---

270)Seidel S.51

271)Baur § 53c I 1

272)Näheres zum Prinzip des § 93 BGB s.oben S.86,87

273)vgl.oben S.87

Sachen würden sonst Eigentumsrechte der Konkursmasse bestehen bleiben,obwohl die Sachen des Dritten jeweils als Hauptsache anzusehen sind (§ 947 II BGB). Ebenso wie § 946 BGB und § 93 BGB ist auch § 947 BGB zwingend.[274] Die Verkehrsauffassung ist entscheidend für die Frage ,was als Hauptsache anzusehen ist. Dabei kommt es auf die allgemeine Bedeutung der Teile für das Wesen des Ganzen an.[275] Der Konkurs kann diese Wertung nicht beeinflussen.Immerhin würde aber eine entsprechende Anwendung der Miteigentumsregelung des § 947 I BGB zugunsten der Konkursmasse nicht gegen den Grundsatz des § 93 BGB verstoßen.Außerdem dürfte auch das Bestreben der Rechtsprechung,das Vorliegen einer Hauptsache im Sinne des § 947 II BGB zu verneinen und damit Miteigentum zu bejahen[276],in den meisten Fällen vor Verlusten helfen.Dem Eigentumserwerb des Dritten gem. § 947 II BGB kann § 15 KO jedoch grundsätzlich nicht entgegenstehen.

cc)Die Wirkung der §§ 946,947,948 BGB ist durch den Gesetzgeber sogar derart stark ausgestaltet,daß gem. § 949 S.1 BGB neben dem Eigentum auch sämtliche an der Sache bestehenden sonstigen Rechte erlöschen.Das geschieht ohne Rücksicht auf den guten Glauben dessen, der Eigentum und Lastenfreiheit erwirbt.[277] Selbst falls eine der verbundenen oder vermischten Sachen gestohlen oder sonst abhandengekommen war (§ 935 BGB), bleibt Erwerb des Alleineigentums möglich.[278] Wenn sogar der Bestohlene den Rechtsänderungen und Verlu-

---

274)Palandt-Degenhart § 947 Anm.3; Soergel-Mühl § 947 Anm.6

275)BGHZ 20,159;163; RGZ 157,244; Palandt-Degenhart § 947 Anm.2b; Soergel-Mühl § 947 Anm.6

276)dazu Nachweise und Kritik bei Baur § 53a II 2 und Soergel-Mühl § 947 Anm.4.--Westermann § 52 II 2b stimmt zu,da der Anspruch aus § 951 BGB nicht genügend schütze.

277)Staudinger-Berg § 949 Anm.1, § 947 Anm.6; Soergel-Mühl § 949 Anm.3; RGRK-Johannsen § 949 Anm.1

278)Erman-Hefermehl § 947 Anm.3a; Westermann § 52 I 4; Soergel-Mühl aaO.; RGRK-Johannsen § 949 Anm.3, § 935 Anm.3.--Streit besteht nur hinsichtlich des Erwerbs von Miteigentum gem.§ 947 I BGB,vgl. dazu Nachweise bei Westermann aaO. und Soergel-Mühl aaO.

sten gem.§§ 946 ff.BGB ausgesetzt ist,so ist nicht einzusehen,weshalb das nicht auch für die Konkursgläubigerschaft gelten soll.[279] In den Fällen der §§ 946,947,948 BGB kann also § 15 KO nicht zum Schutz der Konkursmasse eingreifen.

b) Verarbeitung gem.§ 950 BGB

Problematischer erscheint der Eigentumserwerb durch Verarbeitung gem.§ 950 BGB.Denn ein grundlegendes sachenrechtliches Prinzip,wie zum Beispiel § 93 BGB, gibt es hier nicht.Auch besteht Streit,ob § 950 BGB selbst zwingend oder abdingbar ist.[280]

aa)§ 950 BGB soll den Interessenkonflikt zwischen Stoffeigentümer und Verarbeiter (Hersteller) entscheiden,und zwar zugunsten des Herstellers.[281] Der Eigentümer wird selbst dann nicht vor dem Verlust geschützt,wenn ihm die Sache gem.§ 935 BGB abhanden gekommen ist.[282] Das weist auf eine eindeutige Wertung des Gesetzgebers hin,der selbst in Härtefällen keine Ausnahme macht.Es kommt auch nicht darauf an,ob der Erwerber in gutem Glauben ist oder nicht.[283] Hier allerdings zeigt sich,daß es bei der Regelung des § 950 BGB nicht nur um den persönlichen Schutz des Verarbeiters gehen kann.Denn dieser ist,wenn er als Dieb verarbeitet,bestimmt nicht schutzwürdig.

Verständlich ist diese für den Stoffeigentümer sehr grobe Härte nur,wenn man dem Eigentumserwerb gem.§ 950 BGB auch eine Publizitätsfunktion[284] zuerkennt,und zwar vornehmlich im Interesse der Gläubiger des Her-

---

279)Läßt man,wie noch zu erörtern sein wird,mit der h.M. gutgläubigen Fahrniserwerb Dritter gegenüber der Konkursmasse zu,so geht der Schutz des Bestohlenen (§ 935 BGB) sogar noch über den der Konkursgläubigerschaft hinaus.

280)vgl.Soergel-Mühl § 950 Anm.3 m.w.N.

281)Baur § 53b I 2; Soergel-Mühl § 950 Anm.1

282)Baur § 53b II 1a; Soergel-Mühl § 950 Anm.2; Erman-Hefermehl § 950 Anm.1; Staudinger-Berg § 950 Anm.4; vgl. auch RGSt 53,167

283)Baur aaO.; Erman-Hefermehl aaO.; Staudinger-Berg aaO.; RGRK-Johannsen § 950 Anm.30

284)Erman-Hefermehl aaO.

stellers,die sich die "neue Sache" zur Sicherung eines Kredits übereignen lassen.Im Vordergrund stehen also in erster Linie nicht die persönlichen Interessen des Verarbeiters,sondern die Interessen seiner Gläubiger.[285] Diese sind nach der Wertung des Gesetzes vor dem Rohstofflieferanten und dessen Kreditgebern zu schützen.Die Vorschrift gibt demnach der Veredelungsindustrie Vorrang vor der Rohstoffindustrie.[286] Ein besonders scharfer Interessengegensatz aber findet sich gerade im Konkurs des Rohstofflieferanten.Es wäre eine glatte Umgehung der grundlegenden Wertung des § 950 BGB,wenn man nun den Schutz der Konkursgläubiger des Stoffeigentümers vorzieht.Daher muß ein Eigentumserwerb Dritter im Konkurs des Stoffeigentümers trotz § 15 KO noch gem.§ 950 BGB möglich sein.

bb)Offen bleibt die Frage,ob § 950 BGB auch einen Neuerwerb des Gemeinschuldners zuläßt,wenn dieser persönlich Gegenstände der Konkursmasse in eigenem Interesse verarbeitet. Lent[287] meint,der Gemeinschuldner sei imstande,das Eigentum nach Konkurseröffnung durch Verarbeitung für sich zu erwerben.Kuhn[288] hingegen sagt, alles,was infolge Verbindung,Vermischung oder Verarbeitung einer konkurszugehörigen Sache hinzuerworben werde, könne keinen Neuerwerb bilden.[289]

Das Besondere an diesem Fall besteht darin,daß der Verarbeiter bereits Eigentümer der alten Sache war,also kein wirklicher Eigentumswechsel erfolgt.Ändern würde sich aber die Haftungszuordnung.Denn die ursprünglichen Stoffe waren Bestandteil der Konkursmasse und somit dem Zugriff

---

285)vgl.Heck,Sachenrecht § 53b I; Westermann § 53 II 2; Erman-Hefermehl § 950 Anm.1;-- anders Flume NJW 50, 843,wonach § 950 BGB nur den Konflikt zwischen Stoffeigentümer und Verarbeiter regelt und daher auch abdingbar ist.

286)Heck aaO.; Westermann aaO.

287)Lent in Jaeger-Lent KO § 1 Anm.61;--bei Jaeger in der entspr.Anm.62 fehlt eine klare Differenzierung.

288)Kuhn in Mentzel-Kuhn KO § 1 Anm.103

289)Eine klare Differenzierung,je nachdem ob der Gemeinschuldner für sich oder für die Masse verarbeitet, ist allerdings nicht ersichtlich.

der Konkursgläubiger ausgesetzt,während Neuerwerb zunächst geschützt bleibt.[290] Vergleichbar hiermit wäre vielleicht der Fall,daß ein Eigentümer Sachen verarbeitet,die mit Rechten Dritter belastet sind.Nach h.M.[291]erlöschen diese Rechte gem.§ 950 II BGB auch, wenn der Stoffeigentümer selbst verarbeitet.Dagegen hält Johannsen[292]in diesem Fall § 950 II BGB nur für anwendbar,falls das dingliche Rechte des Dritten seiner Art nach mit dem Wesen der durch die Verarbeitung entstandenen neuen Sachen nicht vereinbar ist.

Selbst wenn man die herrschende Meinung übernimmt,kann man daraus noch nicht zwingend folgern,auch die Konkursgläubiger müßten den Neuerwerb durch Verarbeitung hinnehmen.Vielmehr ergeben sich erhebliche Unterschiede zum Vergleichsfall,betrachtet man die Situation des in Konkurs geratenen Stoffeigentümers.Zwar ist das berechtigte Interesse des Gemeinschuldners am Neuerwerb anzuerkennen,doch zeigen die Regelungen der Konkursordnung,daß dieser Neuerwerb nicht auf Kosten der Konkursmasse gehen soll: Gem.§ 7 KO ist dem Gemeinschuldner grundsätzlich jeder Einfluß auf Gegenstände der Konkursmasse verwehrt.Die Abwägung der Interessen der Konkursgläubiger und des Gemeinschuldners ist in der Konkursordnung vorrangig geregelt.In dieser Beziehung muß das allgemeine Prinzip des § 950 BGB,und damit auch die Wertung des § 950 II BGB,zurückstehen.Hält man mit Flume[293]den § 950 BGB für abdingbar,so kann man auch schon aus diesem Grunde die Interessenwertung der Konkursordnung gegenüber § 950 BGB durchdringen lassen.Die Konkursgläubiger verdienen nicht nur Schutz vor dem Gemeinschuldner selbst,sondern auch vor dessen Neugläubigern.

---

290)vgl.Böhle-Stamschräder KO § 1 Anm.5,10 m.w.N.

291)Erman-Hefermehl § 950 Anm.3d; Westermann § 53 III 1; Palandt-Degenhart § 950 Anm.3b; Soergel-Mühl § 950 Bem.16; Staudinger-Berg § 950 Anm.5

292)Johannsen in RGRK § 950 Anm.31

293)Flume NJW 50,843

Für eine Publizitätsfunktion des § 950 BGB,mit der sich noch der Eigentumserwerb des verarbeitenden Diebes erklären ließ[294],ist im Konkurs des verarbeitenden Gemeinschuldners kein Raum.Jeder seiner Gläubiger muß wissen,wie es um diesen bestellt ist und darf nicht darauf vertrauen,daß eine "neue Sache",die dieser privat herstellt,nicht aus Stoffen der Konkursmasse stammt.

Die Wertung des § 950 BGB paßt folglich nicht im Verhältnis zwischen Konkursmasse und Neuerwerb.Daher kann der Gemeinschuldner auch nicht gem.§ 950 BGB durch Verarbeitung von Massegegenständen neues konkursfreies Eigentum erlangen.

c) Ausgleichsansprüche der Masse

Muß die Konkursmasse auch den Eigentumserwerb Dritter gem.§§ 946 ff.BGB hinnehmen,so bleiben ihr doch Ausgleichsansprüche für den Rechtsverlust:

Gemäß § 951 BGB i.V.m.§§ 812 ff.BGB kann der Konkursverwalter vom Eigentumserwerber Vergütung in Geld verlangen.[295] Die Konkursmasse muß im Interesse des öffentlichen Wohls die Änderung der formalen Zuordnung gem.§§ 946 ff.BGB dulden.[296] Daher soll sie gem.§ 951 BGB für dieses Opfer,für das keine innere Rechtfertigung besteht[297],entschädigt werden.Der Wert der verlorenen Massegegenstände bleibt also der Konkursmasse erhalten,wenn auch der Ausgleichsanspruch kein vollwertiges Surrogat[298]des Eigentums ist.Fällt beispielsweise der bereicherte Erwerber ebenfalls in Konkurs,so bleibt nach ganz herrschender Meinung nur ein Anspruch

---

294)vgl.oben S.96,97

295)Jaeger KO § 15 Anm.11, § 1 Anm.62 m.w.N.; ein entsprechender Hinweis fehlt bei Lent in Anm.9(2).

296)Baur § 53c I 1; Seidel S.51

297)Henckel,Prozeßrecht S.336 m.w.N.; ebenso schon Seidel aaO.

298)Baur aaO.

auf die oft minimale Konkursquote.[299] Der Eigentümer dagegen hätte gem.§ 43 KO aussondern können.[300] Bei unentgeltlicher Weiterveräußerung haftet der Beschenkte unter den Voraussetzungen des § 822 BGB aushilfsweise selbst.[301]

Zum Schutz des gutgläubigen entgeltlichen Erwerbers sind die Grundsätze der §§ 816,932 ff.BGB im Rahmen des Ausgleichsanspruchs aus § 951 BGB entsprechend anzuwenden.[302] Das muß auch im Konkurs gelten,allerdings nur soweit die §§ 816 I und 932 ff.BGB selbst zugunsten des Erwerbers gegenüber der Konkursmasse anwendbar sind.Wie oben[303] gezeigt,gelten die §§ 932 ff.BGB beim Erwerb direkt aus der Hand des Gemeinschuldners nicht.Die Konkursmasse bleibt hier gegenüber dem gutgläubigen Fahrniserwerber uneingeschränkt geschützt.Ob etwas anderes beim Erwerb vom nichtberechtigten Dritten gerechtfertigt ist,wird unten[304] zu erörtern sein.Nach der h.M.[305] ist gutgläubiger Dritterwerb trotz § 15 KO möglich.Dann entfiele zum Beispiel ein Bereicherungsanspruch gemäß § 951 BGB,wenn die erworbenen Sachen dem Konkursverwalter nicht abhanden gekommen waren (§ 935 BGB) und

---

299)Dieser Anspruch ist keine Masseforderung gem.§ 59 Nr.3 KO.Denn vor Konkurseröffnung zur Masse gelangte Bereicherungen fallen auch dann nicht unter § 59 Nr.3 KO,wenn im Zeitpunkt des Eingangs bereits Antrag auf Konkurseröffnung gestellt war (vgl.BGHZ 23,317 f.; Jaeger-Lent KO § 59 Anm.10; Mentzel-Kuhn KO § 59 Anm.16; Böhle-Stamschräder KO § 59 Anm.5).Danach sind vor Konkursbeginn entstandene Bereicherungsansprüche nur Konkursforderungen.
Anderer Ansicht ist Kaehler (Bereicherungsrecht S.305 ff.),der unter anderem differenziert,je nachdem,ob der Restitutionsgläubiger "zurechenbar Kredit eingeräumt" hat (S.307,312).

300)vgl.Baur § 53c I 1

301)BGH WPM 72,389; Palandt-Degenhart § 951 Anm.2b

302)Palandt-Degenhart § 951 Anm.1d cc); Henckel,Prozeßrecht S.335,336 m.w.N.; Westermann § 54 Nr.3; Berg AcP 160,521 ff.; auch schon Seidel S.51 ff.

303)oben S.54-56

304)unten S.108-114

305)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.43,44; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.17; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.11

von einem Nichtberechtigten eingebaut wurden,den der Erwerber gutgläubig für den Eigentümer hielt und dem er ein Entgelt gezahlt hat.[306] Die Masse könnte dann nur gegen den Nichtberechtigten selbst gem.§ 816 I BGB vorgehen.

d) Erwerb des eingezogenen Bienenschwarms gem.§ 964 BGB

Ist ein Bienenschwarm in eine fremde besetzte Bienenwohnung eingezogen,so erstrecken sich das Eigentum und die sonstigen Rechte an den Bienen,mit denen die Wohnung besetzt war,auf den eingezogenen Schwarm.Das Eigentum und die sonstigen Rechte am eingezogenen Schwarm erlöschen.(§ 964 BGB)

aa)Diese,in der konkursrechtlichen Literatur nicht erwähnte Bestimmung,ist vergleichbar mit der Vermischung gem.§§ 948,947 II BGB.[307] Sie trifft die sogenannten Not-,Bettel- oder Hungerschwärme,die regelmäßig als Folge nachlässig betriebener Zucht entstehen.[308] Jedoch hat der Eigentümer im Gegensatz zu den §§ 946 ff. BGB (§ 951 BGB) keinen Ausgleichs- oder Entschädigungsanspruch.[309] Diese Regelung beruht auf der Billigkeitserwägung,der durch den einziehenden Hungerschwarm erfahrungsgemäß entstehende Schaden verhindere eine nennenswerte Wertsteigerung.Dadurch erledigt diese Vorschrift auch jeden möglichen Streit zwischen den Bienenzüchtern.[310]

bb)Das kann auch nicht anders sein,falls der Eigentümer des einziehenden Schwarms in Konkurs gefallen ist.§ 15 KO steht zwar seinem Wortlaut nach entgegen,doch würde ein Durchgreifen dieser Schranke zu einer rechtlichen Betrachtungsweise führen,die mit den tatsächlichen Verhältnissen schlechterdings nicht vereinbar ist.Die

---

306)vgl.entsprechende Ausführungen bei Henckel,Prozeßrecht S.336; v.Caemmerer,Rabel Festschrift I S.391 Fn.217; auch Medicus § 29 II 2a

307)Biermann § 964

308)Staudinger-Berg § 964 Anm.1 m.w.N.

309)Staudinger-Berg aaO.; Erman-Hefermehl § 964; Soergel-Mühl § 964; Palandt-Degenhart § 964 Anm.1

310)vgl.Motive Bd.III S.374 und Staudinger-Berg aaO.

wirtschaftliche Einheit,welche durch die Vermischung der beiden Bienenschwärme entstanden ist,erfordert auch eine einheitliche Regelung der Eigentumslage. Das kann § 15 KO ebenso wenig verhindern wie bei der Verbindung und Vermischung gem.§§ 946 ff.BGB.[311)]

cc)Eine zusätzliche Begründung bietet sich an,wenn man im entschädigungslosen Eigentumserwerb den gerechten Ausgleich für den Schaden sieht,den der eingezogene Schwarm verursacht hat: Der Erwerber wäre regelmäßig als Massegläubiger gem.§§ 57 ff.KO bereits gegenüber § 15 KO geschützt.[312)] Die Haftpflicht für Tiere löst immer dann eine Masseschuld im Sinne des § 59 Nr.1 KO aus,wenn sich auf Grund der Tätigkeit des Konkursverwalters sagen läßt,daß er die Tiere für die Masse hält.[313)] Der Bienenhalter ist gem.§ 833 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.Dabei ist ihm eine Entlastung gem.§ 833 II BGB nicht möglich,denn die Biene ist kein Haustier.[314)] So können also auch ohne Verschulden des Konkursverwalters Verpflichtungen auf Grund gesetzlicher Gefährdungshaftung gem.§ 833 BGB entstehen.Für diese haftet die Masse gem.§ 59 Nr.1 KO.[315)] Liegen die Voraussetzungen des § 59 Nr.1 KO hingegen nicht vor,so muß die Konkursmasse den Eigentumsverlust am Bienenschwarm allein aus den zuvor genannten Gründen entschädigungslos hinnehmen,ohne daß § 15 KO eingreift.

---

311)vgl.oben S.94,95

312)Einzelheiten zum Schutz der Massegläubiger gegenüber § 15 KO s.oben S.47,48

313)Jaeger-Lent KO § 59 Anm.3; Böhle-Stamschräder KO § 59 Anm.2

314)RGZ 158,388; Palandt-Thomas § 833 Anm.6a

315)vgl.Mentzel-Kuhn KO § 59 Anm.3

6. Eigentumserwerb bei Überhang, Überwuchs (§ 910 BGB) und Überfall (§ 911 BGB)

a) Überhang und Überwuchs gem. § 910 BGB

Gem. § 910 BGB darf der Eigentümer eines Grundstücks Überwuchs und Überhang von Wurzeln und Zweigen des Nachbargrundstücks abschneiden und behalten.

aa) Diese Befugnisse gehören nach allgemeiner Ansicht bereits zum Inhalt des Eigentumsrechts in Beschränkung des Nachbareigentums.[316] Fällt also der Nachbar in Konkurs, so soll der Grundeigentümer schon gem. § 43 KO von seinen Rechten aus § 910 BGB Gebrauch machen können. Nach Jaeger und (ihm folgend) Lent[317] ist deshalb § 15 KO nicht anwendbar, denn der Grundstückseigentümer eigne sich gar nicht fremde Sachen aus der Konkursmasse des Nachbarn an.

bb) Diese Argumentation erscheint uns aber wenig einleuchtend. Es ist davon auszugehen, daß die herüberragenden Zweige, solange sie mit dem Baum des Nachbargrundstücks verbunden sind, auch noch im Eigentum des Nachbarn stehen. Das wird auch keiner der genannten Autoren bestreiten. Es ergibt sich zudem aus den §§ 93, 94 BGB. Auch zeigt die Regelung des § 910 I S. 2 BGB, wonach der Nachbar eine angemessene Frist zur Beseitigung erhalten muß, daß sich das Eigentum des gem. § 910 Berechtigten noch nicht auf die Zweige erstreckt. Dann ist aber ein echter Eigentumswechsel an den herüberhängenden Zweigen nicht zu leugnen. Unseres Erachtens ist deshalb § 15 KO seinem Wortlaut nach schon anwendbar.

cc) Dennoch kann die Aneignung gem. § 910 BGB nicht an § 15 KO scheitern: Das Selbsthilferecht des § 910 BGB ist dem Grundstückseigentümer im Interesse des nachbarlichen Friedens zur Vermeidung rechtlicher Streitigkeiten eingeräumt.[318] Dem liegt eine sorgfältige In-

---

316) Wolff-Raiser § 54 I 1.2; Jaeger-Lent KO § 43 Anm. 25; Jaeger KO § 43 Anm. 25

317) Jaeger aaO. und Lent in Jaeger-Lent aaO.

318) Erman-Westermann § 910 Anm. 1; Staudinger-Seufert § 910

teressenabwägung zugrunde.[319] Diese muß auch im Konkurs gelten,ohne daß § 15 KO entgegensteht. Falls der Konkursverwalter die herüberhängenden Äste für wertvoll genug hält,so kann er von dem Recht des § 910 I S.2 BGB Gebrauch machen.Andernfalls aber muß die Konkursmasse die Beseitigung hinnehmen. Eine Schmälerung des Massebestandes ist in diesen recht bedeutungslosen Fällen nicht zu besorgen.Aus diesem Grunde ist für § 15 KO auch schon seinem Zweck nach regelmäßig kein Raum.

b) Überfall gem.§ 911 BGB

Gem.§ 911 BGB gelten Früchte,die von einem Baume oder Strauche auf ein Nachbargrundstück fallen,als Früchte dieses Grundstücks,es sei denn,es dient dem öffentlichen Gebrauche.

aa)Der unmittelbare Eigentumserwerb an den Früchten findet damit gem.§ 911 S.1 BGB i.V.m.§§ 953 ff.BGB zugunsten des Eigentümers,Nießbraucherwerbers,gutgläubigen Besitzers oder besitzenden Pächters des Nachbargrundstücks statt.[320] Der Eigentumswechsel ist hier noch offensichtlicher als beim Erwerb gem. § 910 BGB.Aneignungsrechte als Ausfluß bereits bestehenden Eigentums,wie sie noch Jaeger und (ihm folgend) Lent[321] im Rahmen des § 910 BGB sahen,sind hier nicht vorhanden.[322] Mit der gleichen Begründung wie bei § 910 BGB können daher auch Jaeger und Lent in diesem Falle nicht § 15 KO ausschalten.

bb)Daß § 15 KO aber im Ergebnis auch hier nicht durchdringen kann,ergibt sich aus sehr ähnlichen Gründen wie bei § 910 BGB: Auch § 911 BGB dient dem allgemei-

---

319)im Einzelnen vgl. Protokolle Bd.3 S.141,142

320)Staudinger-Seufert § 911; Wolff-Raiser § 54 II

321)Jaeger KO § 43 Anm.25 und Lent in Jaeger-Lent KO § 43 Anm.25;vgl.auch oben S.103

322)vgl.Erman-Westermann § 911 Anm.1; Wolff-Raiser § 54 II

nen Interesse an nachbarlichem Frieden und der Vermeidung nachbarlicher Streitigkeiten wegen des Auflesens der Früchte.[323] Diese Interessenabwägung nach dem Grundsatz "Was in des Nachbarn Hof fällt, das ist sein"[324] muß auch im Konkurs gelten. Zwar sind hier die Interessen der Konkursgläubiger nicht ähnlich wie in § 910 I S.2 BGB geschützt, sie müssen aber dennoch gegenüber dem überragenden öffentlichen Interesse an nachbarlichem Frieden zurücktreten. Aus diesem Grunde kann § 15 KO die Wirkungen des § 911 BGB nicht vereiteln.

c) Ausgleichs- und Ersatzansprüche der Masse

Ersatzansprüche zugunsten des Eigentümers, der die Früchte gem. § 911 BGB verloren hat, sind nicht vorgesehen.[325] Die §§ 910, 911 BGB enthalten im Gegensatz zu den §§ 946 ff. BGB[326] einen inneren Grund für die Vermögensverschiebung. Diese soll im Interesse des nachbarlichen Friedens endgültig geregelt sein.

Allerdings kommt es im Rahmen des § 910 BGB nicht zum Eigentumserwerb, falls der Berechtigte die Wurzeln und Zweige unzulässig, vorzeitig oder unsachgemäß beseitigt.[327] Der ursprüngliche und auch noch jetzige Eigentümer hat dann gem. §§ 867, 1005 BGB einen Anspruch auf Abholung der abgetrennten Zweige.[328] Bei Verschulden kann er außerdem gem. §§ 823 ff. BGB Schadensersatz verlangen.[329]

Im Fall des § 911 BGB findet ebenfalls kein Eigentumserwerb statt, wenn der Nachbar die Früchte selbst abtrennt oder abschüttelt.[330] Auch hier würden dann

---

323) Staudinger-Seufert § 911; Einzelheiten in: Protokolle Bd.3 S.149 und Motive III S.298

324) Erman-Westermann § 911 Anm.1

325) vgl. Soergel-Baur § 911 Anm.1: "ersatzlos"

326) vgl. oben S.99

327) Palandt-Degenhart § 910 Anm.3

328) Palandt-Degenhart aaO.

329) Palandt-Degenhart aaO.; Soergel-Baur § 910 Anm.2

330) Palandt-Degenhart § 911 Anm.1

Schadensersatzansprüche gem.§§ 823 ff.BGB bestehen.[331] Soweit Abholungs- oder Schadensersatzansprüche gegeben sind,kann diese der Konkursverwalter zugunsten der Konkursmasse geltend machen.Beim ordnungsgemäßen Erwerb gem.§§ 910,911 BGB allerdings entstehen keine Entschädigungs- oder Ausgleichsansprüche.

7. Rechtsgeschäftlicher gutgläubiger Erwerb durch Verfügungen Dritter

Nach heute nicht mehr bestrittener allgemeiner Ansicht[332] kann § 15 KO einen gutgläubigen Erwerb von Rechten an unbeweglichen und auch beweglichen Sachen der Konkursmasse aus der Hand eines Dritten nicht vereiteln.Auch ist der gutgläubig leistende Drittschuldner nicht gehindert,die Einrede des § 407 BGB gegenüber dem Konkursverwalter geltend zu machen.[333] Die drei genannten Tatbestände wollen wir im folgenden näher untersuchen.Dabei sind die Schutzmöglichkeiten und Ausgleichsansprüche der Konkursmasse zu erörtern,sowie die Hintergründe und die Berechtigung des Gutglaubensschutzes zu erläutern.Festzuhalten ist, daß es hierbei lediglich um den Erwerb aus dritter Hand,nicht aber direkt oder mittelbar aus der Hand des Gemeinschuldners,geht.Den gutgläubigen Direkterwerb an beweglichen und unbeweglichen Sachen haben wir bereits oben[334] erörtert.

a) Gutgläubiger Erwerb von Rechten an unbeweglichen Sachen

aa)Veräußert ein Dritter,der zu Unrecht im Grundbuch eingetragen ist,ein zur Konkursmasse gehörendes Grundstück einem Gutgläubigen,so ist § 892 BGB direkt anwendbar.[335] Entsprechendes gilt bei Verfügungen Drit-

---

331)Palandt-Degenhart § 911 Anm.1

332)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.43,44; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.17; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.11; ausführlich zum früheren Streit:Jaeger KO § 15 Anm.43-45, § 7 Anm.33-37

333)Jaeger Lehrbuch S.62; auch JA 1971 Zivilr.S.74

334)s.oben S.52-56

335)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.43; Jaeger KO § 15 Anm.43,44

ter gem.§ 1138 BGB und § 1155 (§§ 1192,1199) BGB.[336] Für § 15 KO soll hierbei kein Raum sein: Gegenüber dem gutgläubig auf das Eigentum des Nichtberechtigten vertrauenden Erwerber müsse es egal sein,worauf die Nichtberechtigung beruhe.[337] Die besondere Ausnahmeregelung des § 15 S.2 KO i.V.m.§ 892 BGB brauche man nicht,denn sie gelte nur,ebenso wie § 7 I 2.Hs. KO i.V.m.§ 892 BGB,für den unmittelbar aus der Hand des Gemeinschuldners erfolgenden Erwerb.[338]

bb)Diese Begründung kann allein noch nicht ganz überzeugen.Entscheidend ist hier,daß auf der einen Seite genügend Schutzmöglichkeiten für die Konkursmasse bestehen,während andererseits der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch im Konkurs Geltung haben muß.Es wäre eine unerträgliche Erschütterung der Rechtssicherheit und des ordnungsgemäßen Grundstückverkehrs,könnte sich derjenige,der gutgläubig auf die Grundbucheintragung vertraut,im Konkurs ausnahmsweise nicht auf die Richtigkeit des Grundbuchs verlassen.§ 892 BGB führt das Rechtsscheinsprinzip ausnahmslos durch im Gegensatz zu den §§ 932 ff.BGB (vgl.§ 935 BGB).[339] Außerdem läßt sich aus den Bestimmungen der §§ 7 I 2.Hs. und 15 S.2 KO ein "Erst-recht-Argument" ableiten: Wenn sogar derjenige,der gutgläubig direkt aus der Hand des Gemeinschuldners erwirbt,durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt wird,so muß das erst recht für denjenigen gelten,der aus der Hand eines Dritten erwirbt.Demnach kann § 15 KO den gutgläubigen Liegenschaftserwerb durch Verfügungen Dritter nicht verhindern.

---

336)vgl.Jaeger-Lent KO § 7 Anm.28,29; s.auch oben S.53

337)so Jaeger-Lent KO § 15 Anm.43; Jaeger KO § 15 Anm. 44; vgl.auch Motive II S.57

338)so Jaeger-Lent KO § 15 Anm.44; Jaeger KO § 15 Anm.45

339)Erman-Westermann Vorb.1 zu §§ 932 ff.; Westermann § 45 III 2

cc)Ist der Dritte noch zu Unrecht im Grundbuch eingetragen,so kann der Konkursverwalter zum Schutz der Masse Widerspruch einlegen und die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung verlangen (§§ 894,899 BGB).[340] War der wirksame Erwerb nicht mehr zu verhindern, so hat der Verwalter zugunsten der Konkursmasse zumindest den Anspruch aus § 816 I S.1 BGB.[341] Gegenüber dem Erwerber bleibt lediglich bei unentgeltlichem Erwerb,in der Praxis kaum denkbar,der Anspruch aus § 816 I S.2 BGB.[342]

b) Gutgläubiger Erwerb von Rechten an beweglichen Sachen

aa)Verfügen Dritte über bewegliche Sachen,die zur Konkursmasse gehören,so sollen die §§ 932,936,1032, 1207,1208,1244,2366 BGB und § 366 HGB zugunsten des gutgläubigen Erwerbers direkt anwendbar sein,ohne daß § 15 KO entgegensteht.[343]

aaa)Zu den Dritten zählen einerseits die Entleiher, Mieter und Werkunternehmer,denen der Gemeinschuldner eine Sache anvertraut hat,wenn diese sich zu Unrecht wie ein Eigentümer verhalten.[344] Andererseits gilt dasselbe auch für den Nachmann des Gemeinschuldners, der von diesem selbst bereits unwirksam (§ 7 KO) erworben hat und nun zugunsten eines Gutgläubigen weiterverfügt.[345] Die Vertreter des Gemeinschuldners, die in dessen Namen auftreten,kommen nicht in Betracht.Denn deren Verfügungen verstoßen bereits,wie eine Verfügung des Gemeinschuldners selbst,gegen § 7 KO.[346]

---

340)vgl.Palandt-Degenhart § 892 Anm.6, § 899 Anm.1,4

341)vgl.Beispiel bei Jaeger-Lent KO § 7 Anm.35

342)Jaeger-Lent aaO.; Mentzel-Kuhn KO § 7 Anm.16

343)so Jaeger KO § 7 Anm.33,34, § 15 Anm.45, Lehrbuch S.62; Jaeger-Lent KO § 7 Anm.33,34, § 15 Anm.44; Mentzel-Kuhn KO § 7 Anm.16, § 15 Anm.17

344)Jaeger-Lent KO § 7 Anm.33,§ 15 Anm.44; Mentzel-Kuhn aaO.; Jaeger KO § 7 Anm.33, § 15 Anm.45

345)RGZ 87,423; Jaeger-Lent KO § 7 Anm.34; Jaeger KO § 7 Anm.34 m.w.N.; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm. 11; Mentzel-Kuhn KO § 7 Anm.16, § 15 Anm.17

346)Jaeger KO § 7 Anm.5; Mentzel-Kuhn KO § 7 Anm.16

bbb)In den genannten Fällen soll § 15 KO nicht eingreifen,obwohl er seinem Wortlaut nach gewiß anwendbar ist.Zur Begründung sagen Jaeger und (ihm folgend) Lent[347]:Es müsse auch hier gegenüber dem,der gutgläubig auf das Eigentum des Verfügenden vertraut,egal sein,worauf die Nichtberechtigung des Verfügenden beruhe.Der Gegenschluß aus §§ 7 I 2.Hs., 15 S.2 KO,[348] wonach ausdrücklich nur der gutgläubige Erwerb unbeweglicher Sachen möglich sei,ziehe hier nicht.Denn die genannten Regelungen beträfen nur den unmittelbar aus der Konkursmasse erfolgenden Erwerb,nicht aber den,der auf Verfügungen Dritter beruhe.[349] Diese,früher noch hart umkämpfte Ansicht,hat sich heute ohne ersichtliche Gegenstimmen durchgesetzt.[350]

ccc)Auch soll § 935 BGB nicht zugunsten der Konkursmasse anwendbar sein.Diese Vorschrift wollte Eccius[351] immer dann heranziehen,wenn ein in der Verfügungsbefugnis Beschränkter,hier also der Gemeinschuldner, Besitz überträgt.Jaeger[352] meint,nach dem eindeutigen Wortlaut der Konkursordnung (vgl.§ 117 KO) gehe der Besitz mit Konkurseröffnung noch nicht von Rechts wegen auf den Konkursverwalter über.Daher sei für § 935 BGB erst Platz,wenn der Verwalter den betreffenden Massegegenstand in Besitz genommen habe.Zudem gehe auch Eccius davon aus,daß die § 932 ff.BGB anwendbar seien,nicht aber § 15 KO.

ddd)Zum Schutz der Konkursmasse bleibt dem Konkursverwalter praktisch nur die Inbesitznahme der beweglichen Sache.Dann könnte auch die Verfügung eines Dritten,der diese vom Gemeinschuldner erhält,wegen § 935 BGB nicht zum gutgläubigen Erwerb führen.[353]

---

347)Jaeger KO § 7 Anm.34, § 15 Anm.44,45, Lehrbuch S.62; Jaeger-Lent KO § 7 Anm.34, § 15 Anm.43,44

348)vgl.oben S.100

349)so Jaeger KO § 15 Anm.45 und Jaeger-Lent § 15 Anm.44

350)vgl.Nachweise bei Jaeger KO § 7 Anm.34, § 15 Anm.45

351)Eccius,Gruchots Beitr. 50,486

352)Jaeger KO § 7 Anm.34

353)Jaeger aaO.

Sollte der Gemeinschuldner allerdings bereits vorher den unmittelbaren Besitz übertragen haben,so vermag § 935 BGB nicht mehr zu helfen.Immerhin steht dem Konkursverwalter zugunsten der Masse gegenüber dem entgeltlich verfügenden Dritten zumindest ein Anspruch gem.§ 816 I S.1 BGB zu.Bei einer unentgeltlichen Zuwendung kann er sich gem.§ 816 I S.2 BGB an den Erwerber halten.[354)]

bb)Der Schutz des gutgläubigen Fahrniserwerbers erscheint uns weit problematischer als die Begünstigung desjenigen,der gutgläubig auf das Grundbuch vertraut.

aaa)Betrachten wir zunächst die Argumente,welche beim Liegenschaftserwerb[355)]ausschlaggebend waren: Das oben[356)]angeführte "Erst-recht-Argument" aus den Regelungen der §§ 7 I 2.Hs. und 15 S.2 KO zieht nur bei unbeweglichen Sachen.[357)] Für bewegliche Sachen läßt sich aus denselben Vorschriften sogar ein Gegenschluß herleiten.[358)] Der würde jedoch nur den Direkterwerb, nicht aber den Erwerb durch Verfügungen Dritter betreffen.Also führen die §§ 7 I 2.Hs. und 15 S.2 KO nicht weiter.Der Gedanke des Verkehrsschutzes[359)]spielt beim Rechtsscheinstatbestand "Besitz" nicht dieselbe unerschütterliche Rolle wie beim öffentlichen Glauben des Grundbuchs.[360)] Das zeigt besonders die Bestimmung des § 935 BGB,die dem Bestohlenen das Eigentum gegenüber allen Nachmännern des Diebes erhält.Im Fahrnisverkehr ist es folglich,im Gegensatz zum Liegenschaftsverkehr,nicht immer egal,worauf die Nichtberechtigung

---

354)vgl.Mentzel-Kuhn KO § 7 Anm.16; Jaeger-Lent KO § 7 Anm.35

355)s.oben S.106-108

356)oben S.107

357)Anders wäre es im Rahmen des § 106 KO und des § 63 VglO.Dort ist bereits der gutgläubige Direkterwerb beweglicher Sachen möglich,dann also erst recht der Erwerb durch Verfügungen Dritter.Vgl.oben S.29-34

358)vgl.oben S.54

359)s.oben S.107

360)vgl.Erman-Westermann Vorb.1 zu §§ 932 ff.; Westermann § 45 III 2

des Verfügenden beruht.Damit steht das Hauptargument von Jaeger und Lent[361],die in dieser Hinsicht keinen Unterschied machen[362],auf recht weichem Boden.

bbb)Im Gegensatz zu § 892 BGB,der das Rechtsscheinsprinzip ausnahmslos durchführt,wird in den §§ 932 ff. BGB das Rechtsscheinsprinzip durch das Veranlassungsprinzip durchbrochen.[363] Danach ist der Eigentumsverlust nur gerechtfertigt,wenn der Eigentümer einen Rechtsscheinstatbestand zurechenbar veranlaßt hat,den er hätte verhindern können.Der entscheidende innere Grund für den Rechtsverlust liegt also in der Verantwortlichkeit des Eigentümers.Dieser soll dafür einstehen,daß er das Auseinanderfallen von Rechtslage und Rechtsschein bewußt veranlaßt hat.[364]

Übertragen wir diese Gedanken auf den Konkurs des Eigentümers: Zunächst läßt sich feststellen,daß der Eigentumsverlust dem Gemeinschuldner selbst gegenüber gerechtfertigt ist,falls er die Übertragung des unmittelbaren Besitzes zu verantworten hat.Im Konkurs stoßen jedoch nicht,wie bei § 935 BGB,die Interessen des Eigentümers und des Erwerbers aufeinander,sondern die der Konkursgläubiger und des Erwerbers.Die betreffende bewegliche Sache gehört zum Haftungsverband der Konkursmasse und steht damit den Konkursgläubigern zur Verwertung zu.Unter diesem Gesichtspunkt kann es nicht darauf ankommen,ob der Erwerb gegenüber dem Gemeinschuldner persönlich durch das Veranlassungsprinzip gerechtfertigt ist.Entscheidend kann hier nur sein,ob sich der Rechtsverlust auch gegenüber den Konkursgläubigern begründen läßt.

Gem.§ 7 KO sind grundsätzlich alle Rechtshandlungen des Gemeinschuldners gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam.Diese Vorschrift schützt die Konkursmasse vor sämtlichen rechtlich erheblichen Handlungen des Gemein-

---

361)s.oben S.109

362)vgl.die gleichlautenden Argumente oben S.109 u.107

363)Westermann § 45 III 2

364)Rebe AcP 173,200; Westermann aaO.; Erman-Westermann Vorb.1 zu §§ 932 ff, § 935 Anm.1

schuldners.[365] Daraus läßt sich unseres Erachtens folgern: Es widerspricht dem Gedanken des § 7 KO, wenn ein Rechtsscheinstatbestand,den der Gemeinschuldner veranlaßt hat,ohne daß der Konkursverwalter zum Schutz der Masse einschreiten konnte,den Konkursgläubigern zugerechnet wird.Die Verantwortung muß allein der Gemeinschuldner,nicht aber die Konkursgläubigerschaft,und damit die Konkursmasse,tragen.Wir entnehmen dem § 7 KO daher ein Prinzip der Nichtzurechnung und Nichtverantwortung.Ein gutgläubiger Erwerb beweglicher Sachen,der vom Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung zurechenbar,wenn auch nur mittelbar,veranlaßt wurde,müßte demnach gem.§ 15 KO i.V.m.§ 7 KO scheitern.Etwas anderes kann nur gelten,wenn der Grundsatz des § 7 KO nicht lückenlos durchgeführt ist.

ccc)Als Ansatzpunkt für eine solche Lücke könnte § 8 II,III KO dienen.Diese Vorschrift schützt aus Billigkeitsgründen[366] in Ausnahme zu § 7 KO den Drittschuldner,der in Unkenntnis der Konkurseröffnung an den Gemeinschuldner leistet.Dahinter steht der Gedanke,ein Schuldner könne kein großes Interesse an der Vermögenslage seines Gläubigers haben,da seine Stellung als Schuldner im Gegensatz zu der eines Gläubigers nicht beeinträchtigt werde.Dem Schuldner sei daher nicht zuzumuten,daß er sich um die Vermögensverhältnisse seines Gläubigers kümmere.[367] Deshalb verdient der gutgläubig leistende Schuldner Schutz noch nach Konkurseröffnung (§ 8 II KO) und bei Umkehr der Beweislast sogar noch nach der öffentlichen Bekanntmachung (§§ 8 III KO).Die zur Konkursmasse gehörende Forderung erlischt,obwohl das Geleistete nicht in die Masse gelangt ist.[368]

---

365)Jaeger-Lent KO § 7 Anm.2 m.w.N.; Mentzel-Kuhn KO § 7 Anm.1 m.w.N.

366)Jaeger-Lent KO § 8 Einl.

367)vgl.Jaeger KO § 8 Anm.12a; ausführlich Motive II S.39 ff.

368)Jaeger KO § 8 Anm.13

Die Konkursgläubiger müssen also die Leistungsannahme des Gemeinschuldners gegen sich gelten lassen. Diese Einschränkung des § 7 KO gilt für den Drittschuldner,der ja immerhin Geschäftsgenosse des Gemeinschuldners ist.Erst recht muß dann aber eine weitere Ausnahme zugunsten des gutgläubigen Dritten geboten sein,der gar keinen geschäftlichen Kontakt mit dem Gemeinschuldner unterhält.Diesem kann man selbst die öffentliche Bekanntgabe der Konkurseröffnung nicht entgegenhalten,denn ihn verbindet nichts mit dem Gemeinschuldner.Demnach darf die Umkehr der Beweislast gem.§ 8 III KO gegenüber dem gutgläubigen Dritterwerber auch nicht entsprechend gelten.Folglich stellen wir fest: Das Prinzip des § 7 KO,das schon zugunsten des gutgläubig leistenden Drittschuldners gem.§ 8 II,III KO durchbrochen ist,muß man auch zugunsten des gutgläubigen Dritten einschränken.Die Konkursgläubiger können sich gegenüber dem Dritterwerber nicht auf die "Nichtzurechnung"[369] gem.§ 7 KO berufen.Sie müssen den gutgläubigen Erwerb des Dritten,den der Gemeinschuldner zurechenbar veranlaßt hat,hinnehmen.Das gilt erst recht,falls der Gemeinschuldner bereits vor Konkursbeginn tätig war.

ddd)Schließlich sei noch auf eine Parallele in den §§ 29 ff.KO hingewiesen: Soweit ein bisher anfechtbarer Erwerb durch Weiterübertragung unanfechtbar wird,bleibt der veräußernde Ersterwerber gem.§ 37 KO haftbar.Gegen den Rechtsnachfolger[370] bestimmen sich die Ansprüche der Masse gem.§ 40 KO erschöpfend,auch wenn der Dritte erst nach Konkurseröffnung erwirbt.[371]

---

369)vgl.oben S.112

370)Rechtsnachfolge gem.§ 40 II KO ist auch der Erwerb vom Nichtberechtigten gem.§§ 892,932 ff.BGB,vgl. Böhle-Stamschräder KO § 40 Anm.4

371)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.24; Jaeger KO § 15 Anm.24; RGZ 34,60 f.---Ein Problem hinsichtlich § 15 KO ergibt sich jedoch in diesen Fällen nie.Denn der anfechtbar erworbene Gegenstand gehört (dinglich) nicht zur Konkursmasse.Gegenstände,auf welche die Masse lediglich einen obligatorischen Anspruch hat, fallen bereits nach dem Wortlaut nicht unter § 15 KO.Vgl. oben S.43

Danach bleibt der gutgläubige entgeltliche Erwerber regelmäßig verschont.Der unentgeltliche Erwerber ist dem Anfechtungsanspruch gem.§ 40 III Nr.3 KO nur ausgesetzt,soweit er bereichert ist (vgl.§ 40 III KO i.V.m. § 37 II KO).Hier zeigt sich ebenfalls,daß die Konkursordnung den gutgläubigen entgeltlichen Dritterwerber schützen und vor Auseinandersetzungen mit dem Konkursverwalter bewahren will.

cc) Zusammenfassend läßt sich sagen:
Es gibt gewichtige Gründe,den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen der Konkursmasse auch in dritter Hand an § 15 KO scheitern zu lassen.Zu nennen sind hier besonders das Veranlassungsprinzip und § 7 KO,wonach Rechtshandlungen des Gemeinschuldners den Konkursgläubigern nicht zuzurechnen sind.Trotzdem verdient der gutgläubige Dritterwerber Schutz,denn der Grundsatz des § 7 KO ist nicht lückenlos durchgeführt.Die Bestimmung des § 8 II,III KO zeigt,daß es durchaus Fälle gibt,in denen rechtlich erhebliche Handlungen des Gemeinschuldners (Leistungsannahme) gegenüber der Konkursmasse wirken.Diese Einschränkung des § 7 KO kommt zunächst dem redlichen Drittschuldner zugute,der ohne Risiko mit dem Gemeinschuldner verkehrt.Eine weitere Durchbrechung des § 7 KO muß aber erst recht zugunsten desjenigen gelten,der mit dem Gemeinschuldner überhaupt keinen Geschäftskontakt unterhält,und das ist der Dritterwerber. Dieser kann sich demnach auch den Konkursgläubigern gegenüber darauf berufen,der Gemeinschuldner habe den Erwerb mittelbar veranlaßt.Unter diesem Gesichtspunkt läßt sich der allgemein anerkannte gutgläubige Fahrniserwerb durch Dritte rechtfertigen.
Der Konkursmasse bleiben Ansprüche gegen den Verfügenden gem.§ 816 I S.1 BGB und gegen den unentgeltlichen Erwerber gem.§ 816 I S.2 BGB.

c) Gutglaubensschutz gem.§ 407 BGB

aa)Der in § 407 BGB vorgesehene Gutglaubensschutz kommt in Betracht,falls der Drittschuldner eine an den Gemeinschuldner abgetretene Forderung gegenüber dem Zedenten begleicht,ohne die Abtretung zu kennen. § 407 BGB gibt dem Schuldner gegenüber dem Zessionar eine Einrede.[372] Das führt im Konkurs desselben praktisch zum Verlust der zur Masse gehörigen Forderung. Dieser,von keinem Kommentar im Rahmen des § 15 KO erwähnte Tatbestand[373],fällt aber ebenfalls in dessen Schutzbereich.Denn § 15 KO soll,wie oben[374] erörtert,auch den Verlust von Aktivforderungen verhindern.[375]

bb)Im Rahmen des § 407 BGB kann der Schuldner,dem die Abtretung nicht bekannt ist,darauf vertrauen,daß sein ursprünglicher Gläubiger (Zedent) zur Forderungseinziehung berechtigt ist.Das kann auch nicht anders sein, wenn der Zessionar,mit dem der Schuldner keinen Kontakt hat,in Konkurs gefallen ist.Schon deshalb darf § 15 KO nicht entgegenstehen.Erhärten läßt sich der Schutz des gutgläubig leistenden Schuldners gerade aus konkursrechtlicher Sicht auch noch mit einem "Erstrecht-Argument" aus § 8 KO: Wenn der Schuldner sogar an den Gemeinschuldner mit befreiender Wirkung gegenüber der Konkursmasse leisten kann,dann muß das erst recht gelten,falls er an den nicht vom Konkurs betroffenen Altgläubiger (Zedent) leistet.Folglich kann § 15 KO hier nicht zum Schutz der Konkursmasse eingreifen.[376]

---

372)vgl.BGHZ 52,153; RGZ 83,184; Palandt-Heinrichs § 407 Anm.1; Soergel-Schmidt § 407 Anm.2

373)erwähnt lediglich bei Jaeger im Lehrbuch S.62

374)oben S.11

375)Beim gutgläubigen einredefreien Forderungserwerb gem.§ 405 BGB hingegen ist § 15 KO nicht anwendbar.Denn dort handelt es sich um Konkursforderungen,die aber fallen in den Schutzbereich des § 3 KO (vgl.oben S.12,13).

376)so im Ergebnis auch Jaeger aaO.; ebenso JA 1971, Zivilr.S.74; anscheinend geht auch das RG in RGZ 83,188 davon aus,daß § 407 BGB unberührt bleibt.

cc)Den Verlust der Aktivforderung wird der Konkursverwalter nur vereiteln,wenn er den Schuldner von der Abtretung rechtzeitig in Kenntnis setzt.[377] Gegenüber dem Zedenten,der die gem.§ 407 BGB wirksame Leistung des gutgläubigen Schuldners erhalten hat, kann der Verwalter gem.§ 816 II BGB[378] vorgehen und Herausgabe des Geleisteten verlangen.

8. Erwerb Dritter im Wege der Zwangsverwertung nach einer entgegen dem Verbot der §§ 14,15 KO vorgenommenen Zwangsvollstreckung

a)Der Eigentumserwerb eines Dritten kann nicht nur,wie eben erörtert,auf privatrechtlichem Rechtsgeschäft, sondern auch auf staatlichem Hoheitsakt beruhen.Das ist nach heute ganz herrschender Meinung[379] der Fall, wenn der Gerichtsvollzieher einen Massegegenstand im Wege der Zwangsversteigerung oder anderweitigen Zwangsverwertung veräußert.Bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken erwirbt der Ersteher das Eigentum durch Zuschlag (§ 90 ZVG).[380] Bei der Versteigerung beweglicher Sachen ist neben dem Zuschlag noch die Übergabe (§ 817 II ZPO) erforderlich.Dabei kommt es weder auf das Eigentum des Vollstreckungsschuldners,noch auf das Bestehen eines wirksamen Pfändungspfandrechts und auch nicht auf den guten Glauben[381] des Erstehers an.Nach herrschender Auffassung[382] hängt die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung nur davon ab,daß die Sache durch die Pfändung noch verstrickt ist und die wesentlichen

---

377)vgl.Palandt-Heinrichs § 407 Anm.2

378)Jaeger Lehrbuch S.62;vgl.Palandt-Thomas § 816 Anm.4

379)RGZ 156,398; Rosenberg § 191 IV 3a; Lent-Jauernig § 18 IV A, § 24 VII; Schönke-Baur § 27 III 1b bb); Henckel,Prozeßrecht S.313 ff.(316); Lüke ZZP 68, 341 ff.;vgl.auch Kaehler JR 1972,445 ff.

380)Beispiel bei Jaeger-Lent KO § 15 Anm.41

381)a.A. Bruns S.91; einschränkend auch Henckel aaO.

382)vgl.Fn.379,außerdem Baumbach-Lauterbach § 817 Anm.3 und Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 817 IV 3;--kritisch dagegen Paulus,Nipperdey Festschrift I S.923 ff.

Versteigerungsvorschriften beachtet worden sind.

b)Verstoßen die Vollstreckungsmaßnahmen im Konkurs des Eigentümers selbst gegen das Verbot des § 14 KO (Konkursgläubiger) oder des § 15 KO (Nichtkonkursgläubiger)[383], so sind sie materiellrechtlich unwirksam.[384] Daher bleibt die sonst an den Zwangszugriff geknüpfte Rechtsfolge aus: Wertrechte,seien es Pfändungspfandrechte (§ 804 ZPO),Beschlagnahmevorrechte (§ 10 I Nr.5 ZVG) oder Zwangs- und Arresthypotheken (§§ 866,932 ZPO),entstehen nicht.Wird beispielsweise eine Zwangs- oder Arresthypothek in Unkenntnis des Konkurses eingetragen,so kommt es nicht zu einer wirksamen Grundstücksbelastung.[385]Das Grundbuch ist in diesen Fällen unrichtig.Es besteht allerdings die Gefahr,daß die Hypothek in der Person eines unkundigen Dritterwerbers entsteht.[386] Dieser Fall würde unter die oben[387]erörterten Gutglaubensvorschriften fallen. Streng davon zu unterscheiden sind jedoch die hier zu untersuchenden Erwerbstatbestände im Wege der Zwangsverwertung.Die gegen § 14 bzw. § 15 KO verstoßenden Vollstreckungsmaßnahmen sind zwar materiellrechtlich unwirksam,jedoch nicht nichtig.Daher führen sie zur öffentlichrechtlichen Verstrickung.[388]Diese bleibt bestehen,falls der Konkursverwalter nicht die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung gem.§ 766 ZPO oder gem.§ 771 ZPO geltend macht.Die darauf ordnungsgemäß durchgeführte Versteigerung oder anderweitige Zwangsverwertung wird von der Konkurseröffnung nicht berührt. Daher darf der Eigentumserwerb des Erstehers auch nicht an § 15 KO scheitern.[389]

---

383)Abgrenzung zwischen § 14 und § 15 KO s.oben S.25

384)Jaeger-Lent KO § 14 Anm.21

385)Jaeger-Lent KO § 14 Anm.22[1]; Jaeger Lehrbuch S.60

386)Jaeger-Lent KO § 14 Anm.22, § 15 Anm.4,43; Jaeger Lehrbuch S.60; Güthe-Triebel GBO Vorb.75 vor § 13

387)s.oben S.106-108

388)allg.Ansicht auch hins.§ 14 KO,vgl.Jaeger-Lent KO § 14 Anm.21; Jaeger aaO.; Mentzel-Kuhn KO § 14 Anm. 17; Böhle-Stamschräder KO § 14 Anm.5; OLG Celle KTS 62,114

389)Böhle-Stamschräder KO § 14 Anm.5, § 15 Anm.3; OLG Celle aaO.

c)Dieses Ergebnis kann zwar zu erheblichen Nachteilen für die Konkursmasse führen,ist aber unseres Erachtens nicht zu vermeiden.Man muß mit der heute ganz herrschenden Meinung[390]davon ausgehen,daß die Verwertung ein staatlicher Hoheitsakt ist,den das Vollstreckungsorgan kraft eigenen Rechts des Staates und in eigener Verantwortung vornimmt.[391] Dann kann die Wirkung dieses Hoheitsaktes nicht davon abhängen,ob der Vollstreckungsschuldner in Konkurs gefallen ist oder nicht.Das allgemeine Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit und die Effektivität der hoheitlichen Verfügung[392] verdient Vorrang vor den in § 15 KO geschützten Privatinteressen der Konkursgläubiger.

Man könnte an diesem Ergebnis zweifeln,wenn der Vollstreckungsgläubiger selbst zugleich auch die Pfandsache ersteigert.Immerhin erscheint der Gläubiger,der bereits gem. § 14 KO bzw. § 15 KO an einer materiellrechtlich wirksamen Vollstreckung gehindert ist,wenig schutzwürdig,auch wenn die Verwertung zulässig ist.Aber die individuelle Schutzwürdigkeit des Erstehers kann hier ebenso wenig eine Rolle spielen wie seine privatrechtlichen Beziehungen zum Vollstreckungsschuldner.Daher hält die herrschende Meinung[393]auch den Eigentumserwerb des Vollstreckungsgläubigers für wirksam,unabhängig davon,ob die Sache dem Schuldner gehörte.Die Rechtsstellung des ersteigernden Gläubigers entspricht danach,soweit es sich nur um den Rechtserwerb der ersteigerten Sache handelt,derjenigen eines mit dem Gläubiger nicht personengleichen Erstehers,sie ist ebenso unanfechtbar.[394]Folglich kann auch hier § 15 KO den Eigentumserwerb im Zuge der ordnungsgemäßen Verwertung nicht verhindern.

---

390)s.oben S.116 Fn.379

391)Henckel,Prozeßrecht S.316 m.w.N.

392)Näheres bei Kaehler JR 1972,449

393)Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 817 Fn.6; Rosenberg § 185 III 4; Schönke-Baur § 28 IV,Lüke AcP 153,544; v.Gerkan MDR 62,784;-- a.A.Schmitz NJW 62,853; abweichend auch Kaehler JR 1972,449 f.

394)v.Gerkan MDR 62,786 m.w.N.; -- a.A.Schmitz aaO. und Kaehler aaO.

d)Zum Schutz der Konkursmasse bleiben dem Konkursverwalter während der Zwangsvollstreckung die Rechte gem. §§ 766 und 771 ZPO.[395] Sollte er die Einlegung dieser Rechtsbehelfe schuldhaft unterlassen,so kann man ihn persönlich gem.§ 82 KO zur Verantwortung ziehen. Sind Zwangsvollstreckung und Verwertung beendet,so bleiben der Konkursmasse lediglich gegen den Vollstrekkungsgläubiger Ansprüche gem.§ 812 BGB (nicht § 816 BGB)[396] auf Herausgabe des Erlöses.Denn jener hat den Erlös ohne Rechtsgrund erworben.[397] Bei Verschulden des Gläubigers stehen der Masse Schadensersatzansprüche gem.§§ 823 ff.BGB zu.[398] Gegen den Ersteher hat die Konkursmasse keine Ansprüche aus § 812 BGB,denn Rechtsgrund des Erwerbs ist der Zuschlag.[399] Auch Schadensersatzansprüche (§§ 823 ff.BGB) sind selbst bei Kenntnis des Erwerbers ausgeschlossen.[400]

9. Maßnahmen im öffentlichen Interesse

§ 15 KO soll auch die Maßnahmen nicht vereiteln,die ausschließlich im öffentlichen Interesse einen Rechtsverlust der Konkursmasse herbeiführen.Namentlich erwähnen und erörtern wollen wir die Enteignung,die strafrechtliche Einziehung und Unbrauchbarmachung und die Beschlagnahme von Zoll- und Steuergut gem.§ 121 AbgO.[401]

---

395)Jaeger Lehrbuch S.60, KO § 14 Anm.22 m.w.N.; Böhle-Stamschräder KO § 14 Anm.5; Mentzel-Kuhn KO § 14 Anm.17. -- Allerdings kann man darüber streiten,ob beim Verstoß der Vollstreckung gegen § 15 KO lediglich § 771 ZPO anwendbar ist,und nicht zusätzlich § 766 ZPO.Vgl.dazu oben S.25

396)Henckel,Prozeßrecht S.336; Esser § 104 II 1a; Schmitz NJW 62,853 m.w.N.; Schönke-Baur § 27 IV

397)Jaeger-Lent KO § 14 Anm.22; Henckel S.338; -- Nicht mehr unbestritten: Gloede MDR 72,291 f. und Böhm S.18 ff.,38 ff.,46 ff.,68,85 ff.,95 meinen, der Gläubiger habe den Erlös mit Rechtsgrund erlangt.Vgl.dagegen aber Kaehler JR 1972,445 ff.

398)Schönke-Baur aaO.; RGZ 156,395,400

399)Schönke-Baur aaO.; RGZ aaO.; Baumbach-Lauterbach ZPO § 817 Anm.3; Palandt-Thomas § 812 Anm.6 B c)

400)vgl.Schmitz NJW 62,853 m.w.N. (str.)

401)Oben S.41,42 diente die Beschlagnahme gem.§ 121 AbgO nur der Durchführung der bestehenden Sachhaftung

a) Enteignung Art.14 III GG

Die Enteignung,die gem.Art.14 III GG nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig ist,muß auch im Konkurs möglich sein.Wo grundsätzlich Rechte Dritter außer Acht bleiben,darf auch nichts anderes für die berechtigten Interessen der Konkursgläubiger gelten. Das Privatinteresse dieser Gläubiger,dem § 15 KO dient,muß hier dem übergeordneten Interesse der Öffentlichkeit weichen.Daher kann § 15 KO nicht entgegenstehen.[402] Dennoch ist die Konkursmasse nicht ganz schutzlos.Sie muß zwar die Enteignung hinnehmen,ihr steht aber der gem.Art.14 III GG i.V.m. dem betreffenden Enteignungsgesetz vorgesehene Entschädigungsanspruch zu.[403]

b) Strafrechtliche Einziehung und Unbrauchbarmachung

aa)Nach allgemeiner Ansicht[404] ist die strafrechtliche Einziehung und Unbrauchbarmachung von Gegenständen der Konkursmasse trotz § 15 KO möglich.Jedoch haben sich die damals noch gültigen §§ 40,41 StGB a.F. im Jahre 1968 erheblich verändert.Das hat man in den Kommentaren zur KO bisher noch nicht berücksichtigt.[405] Die neue Fassung der strafrechtlichen Einziehung und Unbrauchbarmachung in den §§ 40-41c StGB beruht auf der umfassenden Reform durch das EGOWiG vom 24.5.1968 (BGBl.I 503).[406] Zudem gibt es zahlreiche Sondervorschriften sowohl innerhalb des StGB (vgl.§§ 92b,101a,

---

402)Jäger-Lent KO § 15 Anm.9[1]; Jaeger KO § 15 Anm.11; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.16; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.7

403)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.9[1], § 1 Anm.62

404)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.9[1], § 63 Anm.4; Jaeger aaO.; Mentzel-Kuhn aaO.; Böhle-Stamschräder aaO.

405)Jaeger-Lent KO 8.A. 1958 und Mentzel-Kuhn KO 7.A. 1962 liegen vor 1968.Böhle-Stamschräder KO 10.A. 1971 fällt zwar in die Zeit danach,bleibt aber gerade in § 15 Anm.7 hinsichtlich der strafrechtlichen Einziehung und Unbrauchbarmachung gegenüber der 7.A. 1964 unverändert.Das gilt selbst für dem Hinweis auf Mentzel-Kuhn Anm.16

406)vgl.Schönke-Schröder Vorb.1 vor § 40

109k,152,285b,295,296a,325a,132 IV,184 II,219 III,282, 298 V StGB),als auch im sog.Nebenstrafrecht (vgl.§ 21 III StVG, § 39 BWaffG, § 24 KriegsWaffG, § 13 LebensmittelG, § 7 WiStG, § 49 AtomG, § 10 TierschutzG).

Die §§ 40 ff.StGB sind,soweit diese Sondervorschriften keine abschließende Regelung enthalten,ergänzend anwendbar.Das gilt insbesondere gem.§ 40 IV StGB für die Notwendigkeit eines Einziehungsgrundes gem.§ 40 II StGB, für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gem.§ 40b StGB und für die Entschädigungsregelung des § 41c StGB.[407] Nach diesen einschneidenden Neuregelungen erscheint es wenig sinnvoll,wenn wir die in der Zeit zuvor einhellig vertretene Meinung,§ 15 KO greife nicht ein,kritiklos und undifferenziert übernehmen.

Bei der nachfolgenden Erörterung ist von § 40 II StGB auszugehen,der gem.§ 40 IV StGB auch bei allen Sonderbestimmungen gilt: "Eine Einziehung ist nur zulässig, wenn die Gegenstände zur Zeit der Entscheidung dem Täter oder Teilnehmer gehören oder zustehen (§ 40 II Nr.1) oder die Gegenstände nach ihrer Art und den Umständen die Allgemeinheit gefährden oder die Gefahr besteht, daß sie der Begehung mit Strafe bedrohter Handlungen dienen werden (§ 40 II Nr.2)."

bb)Nach der Generalklausel des § 40 II Nr.1 StGB ist die Einziehung von Tatprodukten oder Tatwerkzeugen grundsätzlich tätergerichtet.Das heißt,die Vorschrift stellt im wesentlichen auf täterbezogene Kriterien ab, setzt keine besondere Gefährlichkeit des Gegenstandes voraus und bleibt auf Tätereigentum beschränkt.[408] Die Einziehung hat in diesem Fall Strafcharakter.[409] Es erscheint schon hiernach gegenüber den Konkursgläubigern ungerecht,wenn man Gegenstände aus der Konkursmasse einzieht.Die Gläubiger würden dann praktisch für Taten des Gemeinschuldners bestraft.Es bieten sich mehrere Schutzmöglichkeiten zugunsten der Masse an:

---

407)Näheres bei Schönke-Schröder Vorb.8,9 vor § 40; vgl.auch Eser,Sanktionen S.47 ff.

408)Schönke-Schröder Vorb.12 vor § 40

409)Schönke-Schröder aaO.

aaa)Zunächst könnte man daran denken,§ 40 II Nr.1 StGB gar nicht im Konkurs des Täters anzuwenden.Man müßte dann nicht die rein formale Eigentumsposition des Gemeinschuldners für maßgeblich erachten,sondern einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise folgen,wonach der Gegenstand ausschließlich der Befriedigung der Konkursgläubiger dient.So stellt auch die überwiegende Auffassung in der Literatur im Gegensatz zum BGH beim Eigentumsbegriff des § 40 StGB nicht auf formale,sondern auf wirtschaftliche Gesichtspunkte ab.[410] Danach kann eine Sache nicht eingezogen werden,falls sie beispielsweise der Sicherungsnehmer oder der Eigentumsvorbehalts-Verkäufer zu einer strafbaren Handlung gebrauchte.Wohl aber ist die Einziehung des Gegenstandes zulässig,den der Sicherungsgeber oder Eigentumsvorbehalts-Käufer zur Begehung einer Straftat benutzte.[411]

Diese Beispiele legen jedoch nicht ohne weiteres eine Parallele zum Verhältnis zwischen dem Gemeinschuldner und der Konkursgläubigerschaft nahe.Die Konkursgläubiger scheinen eher in einer ähnlichen Lage wie die Pfandgläubiger.Diese aber vergleicht man hier mit dem Sicherungsnehmer und dem Eigentumsvorbehalts-Verkäufer[412],denen einziehungsrechtlich gerade nicht die Stellung eines Eigentümers zukommt.

bbb)Nach dem zuletzt Gesagten bietet sich jedoch die Regelung des § 41a II S.1 StGB zum Schutz der Konkursgläubiger an.Danach bleiben Rechte Dritter an dem eingezogenen Gegenstand in Abweichung von der früheren Praxis[413] grundsätzlich bestehen.Diese neue Vorschrift

---

410)für wirtschaftliche Betrachtung: Eser,Sanktionen S.309 ff. m.w.N.; Schönke-Schröder § 40 Rn.24; Schwarz-Dreher § 40 Anm.5 B; Lackner-Maassen § 40 Anm.3c aa); Rutkowski NJW 64,164.----
dagegen für formalen Eigentumsbegriff: BGHSt 19,123; LK-Schäfer § 40 Rn.29

411)Schönke-Schröder aaO.

412)Schönke-Schröder aaO.

413)vgl.Schönke-Schröder § 41a Rn.6; Schwarz-Dreher § 41a Anm.4; Eser,Sanktionen S.369

soll dem Art.14 GG verstärkt Rechnung tragen und das Einziehungsverfahren vereinfachen.[414] Als "Rechte Dritter" kommen beschränkt dingliche Rechte,wie Pfand-, Nießbrauchs- und Hypothekenrechte,sowie sonstige vergleichbare Sicherungsrechte,wie Vorbehalts- und Sicherungseigentum,in Betracht.[415]

Wendet man § 41a II S.1 StGB zugunsten der Konkursgläubiger entsprechend an,so bliebe zwar der Konkursbeschlag bestehen,das Eigentum an der eingezogenen Sache müßte aber gem.§ 41a I StGB auf den Staat übergehen. Das widerspricht dem Grundsatz des § 1 I KO.Eine entsprechende Anwendung des § 41a II S.1 StGB reicht also nicht.Deshalb muß § 15 KO eingreifen und den Eigentumsübergang zugunsten der Konkursgläubiger[416] verhindern. Durch die Schranke des § 15 KO erübrigt sich somit im Ergebnis die analoge Anwendung des § 41a II S.1 StGB. Aber dem Sinn dieser Vorschrift und der zugrundeliegenden Interessenwertung ist zu entnehmen,daß auch die Konkursgläubiger bei einer tätergerichteten Einziehung Schutz verdienen.

ccc)Zur Stützung dieses Ergebnisses läßt sich auch der ebenfalls neugefaßte § 63 Nr.3 KO[417] heranziehen.Danach soll die Konkursmasse nicht für Nebenfolgen von Straftaten des Gemeinschuldners haften,nicht einmal in Höhe der Konkursquote.Die Vorschrift selbst ist allerdings auf Geldzahlungen beschränkt.Das ändert aber nichts an ihrem Grundgedanken.Wir halten also fest: Die tätergerichtete Einziehung gem.§ 40 II Nr.1 StGB scheitert an der Schranke des § 15 KO.[418]

---

414)Schönke-Schröder aaO.; Schwarz-Dreher aaO.

415)Schönke-Schröder § 41a Rn.7; Schwarz-Dreher aaO.

416)Dem Gemeinschuldner gegenüber bleibt die Wirkung des § 41a I StGB unberührt.Das kann bei der Freigabe des Gegenstandes praktische Konsequenzen haben.

417)vgl.Einzelheiten bei Böhle-Stamschräder KO § 63 Anm.4

418)Insoweit können wir der undifferenzierten allgemeinen Ansicht (s.oben S.120 Fn.404) nicht mehr folgen. Zwar unterscheiden Mentzel-Kuhn KO § 63 Anm.6 und Jaeger-Lent KO § 63 Anm.4 zwischen der Einziehung mit und ohne Strafnatur,sie ziehen aber hinsichtlich § 15 KO nicht die erforderlichen Konsequenzen.

cc)Die sogenannte Sicherungseinziehung gem.§ 40 II Nr.2 StGB hingegen dient der Gefahrenabwehr,und damit dem Schutz der Allgemeinheit.Sie ergreift unterschiedslos auch das Eigentum Tatunbeteiligter.[419] Diese vorrangigen öffentlichen Interessen müssen ebenso wie bei der Enteignung[420] auch gegenüber den Konkursgläubigern durchdringen.Dies läßt sich zudem mit der Regelung des § 41a II S.2 StGB unterstützen.Danach hat das Gericht bei der Sicherungseinziehung gem. § 40 II Nr.2 StGB sogar das Erlöschen von Drittrechten anzuordnen.[421] Wenn selbst der unbeteiligte Eigentümer und alle sonstigen Drittberechtigten weichen müssen,dann kann für die Konkursgläubiger im Hinblick auf den betreffenden Massegegenstand nichts anderes gelten.

Bei der Einziehung von Schriften und der Unbrauchbarmachung von Druckwerkzeugen gem.§ 41 StGB geht es generell um gefährliche Gegenstände i.S.d.§ 40 II Nr.2 StGB,so daß § 41a II S.2 StGB entsprechend anwendbar ist.[422] Das gleiche gilt auch bei anderen zwingenden Sicherungseinziehungen,wie zum Beispiel gem.§§ 152[423], 184 II,219 III,282 und 325a StGB.[424] In all diesen Fällen kann auch § 15 KO den Verlust des Massegegenstandes nicht verhindern.[425]

dd)Die Einziehung des Wertersatzes anstelle unausführbarer Einziehung war früher besonders hinsichtlich § 63 Nr.3 KO "Geldstrafe" streitig.[426] Nach der Neufassung des § 63 Nr.3 KO kann man diese,in § 40c StGB

419)Schönke-Schröder Vorb.13 vor § 40

420)vgl.oben S.120

421)Schönke-Schröder § 41a Rn.9; Schwarz-Dreher § 41a Anm.4

422)Schönke-Schröder Vorb.13 vor § 40, § 41a Rn.9

423)Schönke-Schröder § 41a Rn.9; Schwarz-Dreher aaO.

424)Schönke-Schröder Vorb.13 vor § 40

425)Dritteinziehung bei quasi-schuldhaftem Verhalten (vgl.§§ 40a,41a II S.3 StGB) kommt zu Lasten der Konkursgläubiger praktisch nicht in Betracht.

426)vgl.Böhle-Stamschräder (7.A.) KO § 15 Anm.7 m.w.N.

ebenfalls neugeregelte,Wertersatzeinziehung nicht mehr als Konkursforderung verfolgen.[427] § 40c StGB hat wegen der Abschreckungs- und Vergeltungsfunktion im wesentlichen Strafcharakter.[428] Es handelt sich allerdings nicht um "Geldstrafe" im technischen Sinne der §§ 27 ff.StGB.[429] Eine Vollstreckung in die Konkursmasse muß daher aus den gleichen Gründen wie bei der tätergerichteten Einziehung (§ 40 II Nr.1 StGB) an § 15 KO scheitern.[430]

ee)Soweit § 15 KO nicht eingreift,ist zu prüfen,ob der Konkursmasse ein Entschädigungsanspruch zusteht. Gem.§ 41c StGB kann der tatunbeteiligte Dritte[431], dessen Rechte erloschen sind,eine angemessene Entschädigung verlangen.Neben dem Dritteigentümer ist hierbei erstmals,im Gegensatz zu § 86 II StGB a.F.,[432] auch an denjenigen gedacht,dem beschränkte dingliche Rechte[433] am Einziehungsobjekt zustehen.§ 41c StGB kommt praktisch nur bei einer Sicherungseinziehung in Betracht.[434] Diese Regelung muß auch entsprechend für die Konkursgläubiger gelten,die ja gerade ebenfalls nur in den Fällen der Sicherungseinziehung keinen Schutz gem.§ 15 KO erhalten.[435] Dabei kommt es nicht darauf an,ob man die Konkursgläubiger in ihrer Gesamtheit wirtschaftlich einem Dritteigentümer[436] gleichstellt oder wie dinglich gesicherte Drittberechtigte[437] behandelt.Auch ein Vergleich mit der

---

427)Böhle-Stamschräder KO § 63 Anm.4

428)Schönke-Schröder § 40c Rn.1a; Schwarz-Dreher § 40c Anm.1:"Nebenstrafe"

429)Schönke-Schröder aaO.; Schwarz-Dreher § 40c Anm.7

430)vgl.entsprechende Idee bei Böhle-Stamschräder KO (7.A.) § 15 Anm.7 a.E.,später jedoch weggelassen.

431)Schönke-Schröder § 41c Rn.3

432)Einzelheiten bei Eser,Sanktionen S.365,366

433)Näheres zum Kreis der dinglich Berechtigten bei Eser,Sanktionen S.371

434)vgl.Schönke-Schröder § 41c Rn.10

435)s.oben S.124

436)vgl.dazu oben S.122

437)vgl.dazu oben S.122,123

entsprechenden Entschädigungsregelung bei der Enteignung[438] zeigt, daß der Anspruch aus § 41c StGB den Konkursgläubigern zugute kommen muß.

ff) Zusammenfassend ist festzustellen:
§ 15 KO verhindert die tätergerichtete Einziehung von Massegegenständen ebenso wie die Wertersatzeinziehung. Jedoch vermag er die sicherungsbedingte Einziehung und Unbrauchbarmachung nicht zu vereiteln. Der Konkursmasse steht in diesen Fällen ein Entschädigungsanspruch entsprechend § 41c StGB zu.

c) Haftung und Beschlagnahme von Zoll- und Steuergut gem. § 121 AbgO

aa) Zwar haben wir die Beschlagnahme von Zoll- und Steuergut gem. § 121 AbgO schon im Rahmen der rechtserhaltenden Maßnahmen erörtert[439], jedoch unter einem anderen Gesichtspunkt: Dort gingen wir davon aus, daß der gem. § 121 II AbgO für den Beginn der Sachhaftung maßgebliche Zeitpunkt vor Konkurseröffnung lag und lediglich die Beschlagnahme später erfolgte. Da war das Absonderungsrecht bereits vor Konkursbeginn entstanden, § 15 KO konnte nicht eingreifen. Nun ist die Rechtslage zu erörtern, falls die steuerpflichtigen Erzeugnisse selbst erst nach Konkurseröffnung hergestellt werden, bzw. die zollpflichtigen Waren erst später die Zollgrenze überschreiten. Dann entsteht das Absonderungsrecht gem. § 121 II AbgO erst nach Konkursbeginn, so daß § 15 KO seinem Wortlaut nach anwendbar ist.

bb) Dennoch kann § 15 KO die Sachhhaftung und nachfolgende Beschlagnahme nicht vereiteln. Zunächst wird in diesen Fällen die Steuerschuld regelmäßig erst infolge der Geschäftsfortführung durch den Konkursverwalter entstehen. Dann handelt es sich bereits um

---

438) s. oben S. 120; vgl. auch Schönke-Schröder § 41c Rn. 1: "§ 41c StGB versucht der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG in verstärktem Maße Rechnung zu tragen".

439) s. oben S. 41, 42

eine Masseforderung gem.§ 58 Nr.2 KO.[440] § 15 KO steht aber der Verwirklichung von Masseforderungen gem.§§ 57 ff.KO nicht entgegen.[441]

Außerdem geht aus § 121 I S.1 AbgO ausdrücklich hervor,daß sich der Steuergläubiger "ohne Rücksicht auf Privatrechte irgendwelcher Art"[442] an die Waren und Erzeugnisse halten kann.Grundsätzlich haben also alle Drittberechtigten zurückzustehen.Das muß auch für die Konkursgläubiger gelten,selbst wenn die Steuerschuld nicht unter § 58 Nr.2 KO fallen sollte.Ebenso wie schon bei der Enteignung[443] und bei der strafrechtlichen Sicherungseinziehung und Unbrauchbarmachung[444] gehen hier ausschließlich öffentliche Interessen den Privatinteressen der Konkursgläubiger vor.

Man könnte § 121 AbgO sogar als "lex specialis" gegenüber § 15 KO bezeichnen,ähnlich wie die §§ 77 und 157 VVG[445],und der 2.Stufe[446] zuordnen.Das unterblieb hier nur,weil § 121 AbgO nicht "ausdrücklich" im Konkurs durchgreift.Zudem ist der Zusammenhang mit der Enteignung und Einziehung auch sachlich gerechtfertigt. Denn § 121 AbgO dient ebenfalls nicht den Interessen Einzelner,sondern allein übergeordneten öffentlichen Interessen.Die Sondervorschrift des § 121 AbgO bleibt also von § 15 KO unberührt.[447]

---

440)vgl.Jaeger Lehrbuch S.130; Böhle-Stamschräder KO § 58 Anm.3

441)vgl.Einzelheiten oben S.47,48

442)Tipke-Kruse AbgO I § 121 Anm.1; Hübschmann-Spitaler AbgO I § 121 Anm.1

443)s.oben S.120

444)s.oben S.124

445)vgl.oben S.70-76

446)zur Stufeneinteilung s.oben S.35

447)Das wird bei Jaeger KO § 15 Anm.11, Jaeger-Lent KO § 15 Anm.9(1), Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.16 und Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.7 nicht ganz deutlich. Vielmehr scheinen sie,wie die Hinweise auf § 49 KO zeigen,lediglich die schon oben (S.41,42) erörterte Beschlagnahme als Sicherung des bereits gem.§ 121 AbgO bestehenden Absonderungsrechts in Betracht zu ziehen.

10. Rechtserwerb an im Ausland belegenen Sachen

Den Erwerb von Rechten an Sachen,die im Ausland belegen sind,kann § 15 KO nicht verhindern.Denn die Macht des inländischen Gesetzgebers ist beschränkt.[448] Die Masse darf unter Umständen gem. 50 KO Schadensersatz fordern.[449]

11. Zusammenfassung

a)Bevor wir versuchen,die verschiedenen Fallgruppen der dritten Stufe unter inneren rechtlichen Gesichtspunkten zusammenzufassen,sei darauf hingewiesen,daß sich einige Tatbestände ganz oder zum Teil bereits einer der beiden zuvor erörterten Stufen zuweisen ließen:

aa)So ist die Verwirklichung eines Rangvorbehalts (2) schon nicht vom Wortlaut des § 15 KO berührt,wenn man in ihr die Ausübung eines vorbehaltenen Eigentumsrechts erblickt.Sieht man dagegen im Vorbehalt nur eine Art dingliche Beschränkung oder bedingte Rangänderung,so bietet sich ein Vergleich mit den in der zweiten Stufe aufgeführten Fällen an,in denen der Erwerber bereits bei Konkurseröffnung eine konkursfeste Position innehat.

bb)Die gesetzliche Umwandlung von Rechten,die schon bei Konkursbeginn bestehen (3),verstößt nicht gegen den Wortlaut des § 15 KO.

cc)Gleiches gilt bei der gesetzlichen Erweiterung bestehender Absonderungsrechte (4),falls die hinzutretenden Gegenstände nicht vorher unbelastet zur Konkursmasse gehörten.Erstreckt sich die Haftung auf die wesentlichen Bestandteile (4a) oder Zubehörstükke (4b) erst,nachdem der Konkursverwalter tätig wurde,so kann man diese Fälle der zweiten Stufe (§§ 6, 17,117 ff.,134 Nr.2 KO) zuordnen.

---

448)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.12; Mentzel-Kuhn KO § 50 Anm.1

449)Mentzel-Kuhn aaO.; Jaeger-Lent KO § 50 Anm.1

dd)Schließlich ist das nach Konkurseröffnung entstehende Abgabenabsonderungsrecht des § 121 AbgO (9c) grundsätzlich bereits als gesetzliche Sicherung und Verwirklichung einer Masseforderung zu betrachten.Somit dringt es bereits in der zweiten Stufe (§§ 57 ff.KO) gegenüber § 15 KO durch.

b)Im übrigen lassen sich sämtliche Erwerbstatbestände, soweit sie nicht den anderen beiden Stufen zuzuordnen waren,auf zwei innere rechtliche Gründe zurückführen:

aa)Da sind zum einen die Fälle,in denen die Konkursmasse in ihrer Substanz unberührt bleibt.Dazu zählen die rechtsgeschäftlichen,gesetzlichen oder richterlichen Übertragungen von Rechten,die bereits zugunsten eines Dritten an der Konkursmasse bestehen,also der bloße Wechsel des Rechtsträgers (1).Das gilt jedoch nicht beim Stellentausch zweier Realgläubiger (1a), falls dort der vortretende Gläubiger nicht zugleich Konkursgläubiger wie der zurücktretende ist.Dann ist die Lage der Konkursgläubiger verschlechtert (§ 64 KO).

bb)In allen anderen Fällen stehen wichtige Rechtsgüter und Interessen der Allgemeinheit im Vordergrund.Diese dringen gegenüber den in § 15 KO geschützten Privatinteressen der Konkursgläubiger durch.So rechtfertigen unabdingbare sachenrechtliche Grundsätze,besonders das Prinzip des § 93 BGB,die gesetzliche Erweiterung bestehender Absonderungsrechte gem.§ 949 S.3 BGB i.V.m. §§ 946 ff.BGB (4a),den Eigentumserwerb gem.§§ 946 ff. BGB (5a) und den Erwerb gem.§ 964 BGB (5d).Bei der Ausdehnung von Grundpfandrechten gem.§ 1120 BGB (4b) liegen derartige unabdingbare Grundsätze nicht vor,so daß § 15 KO eingreift.Bei der Verarbeitung gem.§ 950 BGB (5b) gibt die übergeordnete,im allgemeinen Interesse liegende,Wertung des Gesetzgebers zugunsten der verarbeitenden Wirtschaftszweige den Ausschlag.Das kann aber nicht für den Neuerwerb des Gemeinschuldners gelten. Das öffentliche Interesse an der Vermeidung nachbarrechtlicher Streitigkeiten steht beim Erwerb gem.§§ 910,911 BGB (6) im Vordergrund.Ähnlich dient zudem auch

der Erwerb gem.§ 964 BGB zusätzlich der Vermeidung von Streitereien zwischen den Bienenzüchtern.Die Sicherheit des Rechtsverkehrs und der Schutz des gutgläubigen entgeltlichen Erwerbers,der keinen Kontakt zum Gemeinschuldner hat,rechtfertigen den gutgläubigen Erwerb durch Verfügungen Dritter (7).Beim Erwerb im Rahmen der Zwangsversteigerung und anderweitigen Zwangsverwertung (8) haben das Prinzip der Rechtssicherheit und das allgemeine Vertrauen auf die Effektivität hoheitlicher Maßnahmen den Vorrang. Unmittelbaren öffentlichen Interessen dienen der Rechtsübergang bei der Enteignung (9a) und die sicherheitsbedingte strafrechtliche Einziehung und Unbrauchbarmachung (9b).Aus ähnlichen Gründen kann man die nachträglich entstehende zoll- und steuerrechtliche Haftung gem.§ 121 AbgO (9c) noch zusätzlich rechtfertigen.[450] Beim Rechtserwerb von im Ausland belegenen Sachen (10) schließlich geht die Macht des ausländischen Gesetzgebers vor.

cc)In den meisten Fällen,die wir unter diesem zweiten inneren rechtlichen Gesichtspunkt zusammengefaßt haben, muß die Konkursmasse lediglich die Änderung der äußeren Zuordnung hinnehmen.Die innere wertmäßige Zuordnung bleibt dagegen regelmäßig durch Ausgleichs- und Entschädigungsansprüche gewahrt.Nur beim Erwerb des eingezogenen Bienenschwarms gem.§ 964 BGB (5d) und beim Erwerb durch Überhang,Überwuchs und Überfall gem.§§ 910,911 BGB (6) entsteht ein "echter Wertverlust".[451]

---

450)Das ändert aber nichts an der oben (S.129) erwähnten Zuordnung zur 2.Stufe.Denn die Haftung gem.§ 121 AbgO dient der Sicherung und Verwirklichung einer Masseforderung gem.§ 58 Nr.2 KO.Im folgenden wollen wir diesen Tatbestand deshalb auch nicht zu den "echten" Ausnahmen zählen.

451)Der "Wertverlust" dürfte regelmäßig nur ganz unbedeutend sein.---Die Vorschrift des § 121 AbgO, bei der ebenfalls kein Ausgleich vorgesehen ist, haben wir aus den genannten Gründen (vgl.Fn.450) nicht mehr erwähnt.

4.Kapitel
Untersuchung und Einordnung der problematischen Fälle

I.Rückwirkende Tatbestände

Wir haben schon oben[1] festgestellt,daß Rückwirkungsfiktionen nicht den Kausalverlauf beeinflussen können. Sie dienen lediglich als Verweisung im Rahmen der Inhaltsbestimmung einer Rechtsfolge.Nun gilt es zu untersuchen,ob und inwieweit solche rückwirkenden Normen imstande sind,den Erwerb von Massegegenständen auch noch nach Konkurseröffnung zu ermöglichen.

In Betracht kommen die Rückwirkungsfiktionen im Bereich der Anfechtung (§ 142 BGB),des bedingten Rechtserwerbs (§ 159 BGB),der nachträglichen Genehmigung (§ 184 BGB) und der Aufrechnung (§ 389 BGB).Bereits behandelt haben wir den bedingten Rechtserwerb gem.§§ 158 ff.BGB[2] und die,in den §§ 53 ff.KO ausdrücklich geregelte,Aufrechnung gegenüber Forderungen der Konkursmasse,[3] bei der auch die Wirkung des § 389 BGB eintritt.[4] Daher bleiben für die anschließende Erörterung nur noch die Rückwirkungsfiktionen der §§ 142 und 184 BGB.

1. Genehmigung (§ 184 BGB)

Im Bereich des § 184 BGB lassen sich zwei Grundfälle unterscheiden: a)Der spätere Gemeinschuldner verfügt vor Konkurseröffnung über eine ihm gehörende Sache.Die dazu erforderliche Genehmigung eines Dritten erfolgt aber erst nach Konkursbeginn (§§ 182-184 BGB).-- b) Der spätere Gemeinschuldner verfügt über eine ihm nicht gehörige Sache.Der Eigentümer genehmigt diese Verfügung erst nach Konkurseröffnung (§ 185 II S.1 1.Alt.BGB). In beiden Fällen ist § 184 BGB anwendbar,entweder direkt oder vermittelt durch § 185 II S.1 1.Alt.BGB.Daher

---

1) oben S.36,37
2) s.oben S.60-66
3) s.oben S.46,47
4) vgl.Böhle-Stamschräder KO § 53 Anm.7; auch oben S.47

"wirkt" die nachträgliche Genehmigung des Dritten grundsätzlich gem.§ 184 I BGB auf den vor Konkursbeginn liegenden Zeitpunkt "zurück".

a)Wenden wir uns zunächst dem Fall a) zu:[5]

aa)Dieser war im Hinblick auf die Schranke des § 15 KO besonders früher sehr umstritten.Auf der einen Seite war man der Ansicht,die Verfügung könne nach Konkurseröffnung selbst durch die gem.§ 184 I BGB rückwirkende Genehmigung nicht mehr wirksam werden. Dem stehe § 15 KO (früher § 12 KO) entgegen.[6] Auf der anderen Seite glaubte man,die rückwirkende Kraft der Genehmigung gelte auch im Konkurs.Daher sei der Erwerb des Dritten so zu behandeln,als sei er bereits bei Vornahme der Verfügung,also vor Konkurseröffnung, erfolgt.§ 15 KO greife deshalb nicht ein.[7] Diese zuletzt genannte Meinung hat sich mittlerweile durchgesetzt.[8] Aber allein mit der eben aufgezeigten Begründung kann sie unseres Erachtens nicht überzeugen. Denn es fehlt ein innerer Grund für die Anwendung der Rückwirkungsfiktion gerade im Konkurs.

---

5)konkrete Beispiele bei Staudinger-Coing § 182 Anm.3,4

6)so Mentzel KO (5.A.) § 15 Anm.9 (anders Mentzel-Kuhn ab 6.A.); Warneyer KO § 15 Anm.III; Sydow-Busch KO § 15 Anm.7; RGZ 37,141 (jedoch nicht ausdrücklich ablehnend) wohl auch.

7)so Jaeger KO § 15 Anm.15 m.w.N.; Jaeger-Lent KO § 15 Anm.13a(5); Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.12; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.4; vgl.auch BGH LM 1959 § 15 KO Nr.2. -- Auch das RGZ 134,78 ist nicht anderer Auffassung,wie Lent in Jaeger-Lent aaO. meint.Es behandelt allerdings die Rückwirkung des § 184 I BGB in erster Linie im Verhältnis zum Verfügungsverbot des § 106 KO.Selbst RGZ 88,217 kann nicht als Gegenmeinung zitiert werden.Denn dort soll die Genehmigung nur dann nicht zurückwirken,wenn der Erwerber im Fall eines Anfechtungsschuldverhältnisses gem.§§ 3,11 II Nr.1 AnfG zur Zeit der Genehmigung Kenntnis von den die Anfechtbarkeit begründenden Umständen hatte.(vgl.dagegen für den gem.§ 30 Nr.2 KO maßgeblichen Zeitpunkt der Kenntnis BGH LM 1959 § 15 KO Nr.2)

8)vgl.Jaeger-Lent aaO.; Mentzel-Kuhn aaO.; Böhle-Stamschräder aaO.

bb)Auszugehen ist von der Tatsache,daß der Erwerb selbst erst im Zeitpunkt der Genehmigung,also nach Konkursbeginn,vollendet ist.[9] Die Rückwirkungsfiktion kann diesen Kausalverlauf nicht beeinflussen.[10] Die entscheidende Frage ist,ob der Gesetzgeber die Rechtsfolge des § 184 BGB auch für den Konkursfall über das Vermögen des Verfügenden vorgesehen und trotz der Schranke des § 15 KO gewollt hat.

Schon § 184 I macht in der Einschränkung "soweit nicht ein anderes bestimmt ist" deutlich,daß durchaus Ausnahmen von der Rückwirkung möglich sein können.[11] Die wichtigsten finden sich gleich in § 184 II BGB.[12] Danach kann die Rückwirkung nicht Rechte Dritter beeinträchtigen,die in der Zwischenzeit durch Verfügungen des Genehmigenden oder des Konkursverwalters, im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erworben wurden.Diese Bestimmung zog auch früher die Gegenmeinung[13] heran mit dem Argument,der Konkursverwalter könne die Rückwirkung durch Zwischenverfügungen ausschalten,daher sei sie nicht konkursfest.Dabei übersah man jedoch,daß § 184 II BGB nur den Konkursverwalter des Genehmigenden meint.[14] Hier im zu behandelnden Fall ist aber nicht der Genehmigende,[15] sondern der Verfügende in Konkurs geraten.Vorgänge im Bereich des Verfügenden lassen,wie dem § 184 II BGB durch Gegenschluß zu entnehmen ist,grundsätzlich die Stellung des Erwerbers unberührt.Auch kann der Konkursverwalter des Verfügenden nicht mehr eingreifen.Dann muß erst recht die bloße Tatsache der Konkurseröffnung unbeachtlich sein.

---

9)Das sieht wohl auch Lent in Jaeger-Lent aaO.

10)vgl.oben S.36

11)Ausnahmen zum Beispiel in § 109 und § 178 BGB

12)Näheres über den Sinn des § 184 II BGB in RGZ 134,78

13)vgl.Mentzel KO (5.A.) § 15 Anm.9

14)so richtig Kuhn in Mentzel-Kuhn KO (6.A) § 15 Anm.9; vgl.auch schon Jaeger KO § 15 Anm.15 und RGZ 134,78

15)Zur Problematik im Konkurs des Genehmigenden vgl. Kontroverse zwischen Reinhold und Kiesow in JW 1937,1374 f.

Auch ein Vergleich des § 184 II BGB mit § 161 I S.2 BGB[16] führt nicht zu einem anderen Ergebnis, wie manche[17] meinen. Vielmehr zeigt sich dabei erst, daß der gem. § 184 II BGB Begünstigte[18] in einer ähnlichen Lage ist wie der, zu dessen Gunsten der Gemeinschuldner bedingt verfügt hat.[19] In beiden Fällen bleiben gerade weitere Verfügungen des Konkursverwalters ohne Einfluß auf die Erwerbsposition des Berechtigten. Der Gesetzgeber geht also davon aus, daß die bloße Konkurseröffnung nicht schadet. Das muß dann auch für die daran anknüpfende Schutzvorschrift des § 15 KO gelten. Der Begünstigte hat, ähnlich wie in anderen Fällen der zweiten Stufe unseres Schemas[20], bereits bei Konkursbeginn eine konkursfeste Erwerbsposition.

b) Kommen wir zum Ausgangsfall b), in dem der Gemeinschuldner als Nichtberechtigter verfügt (§ 185 BGB):

aa) Hier bestand teilweise[21] der gleiche Streit wie im eben erörterten Fall a). Dabei hatte sich ebenfalls die Ansicht durchgesetzt, die Rückwirkungsfiktion des § 184 BGB überspringe die Schranke des § 15 KO.[22]

bb) Betrachtet man diesen Tatbestand aber genau, so stellt man fest, daß die Verfügung des Gemeinschuldners gar nicht Gegenstände der Konkursmasse betrifft. Die vom nichtberechtigten Gemeinschuldner veräußerten oder

---

16) Einzelheiten zu § 161 I S.2 BGB s. oben S.60-66

17) so beispielsweise Mentzel KO (5.A.) § 15 Anm.9. Auch Lent in Jaeger-Lent KO § 15 Anm.13a(5) glaubt, daß entscheidende Unterschiede zwischen dem gem. § 184 BGB und dem gem. § 161 BGB Geschützten bestehen. Dabei übersieht er, daß hier allein das Verhältnis des Berechtigten zum Verfügenden entscheidend ist, nicht aber die Beziehung zum genehmigenden Dritten.

18) vgl. die konkreten Beispiele bei Staudinger-Coing § 182 Anm.3,4

19) so zu Recht auch Jaeger KO § 15 Anm.15; -- verwirrend dagegen Lent in Jaeger-Lent aaO., vgl Fn.17

20) vgl. Zusammenfassung zur 2. Stufe oben S.77,78

21) Streit zwischen Mentzel aaO. und Kuhn in Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.12, der Mentzels Ansicht nicht übernimmt.

22) vgl. Mentzel-Kuhn aaO.; OLG Stettin HRR 1937,1074

belasteten Gegenstände standen weder vor der Konkurseröffnung im Eigentum desselben,noch fielen sie nachher in die Masse.Bis zur Genehmigung gem.§ 185 II S.1 BGB gehören die betreffenden Gegenstände zum Vermögen des Dritten.Nach dessen Genehmigung wird zwar die Verfügung des Gemeinschuldners wirksam,das Eigentum (oder anderweitige Recht) entsteht aber nur in der Person des Begünstigten.Deshalb ist § 15 KO schon nach seinem Wortlaut nicht anwendbar.Probleme im Hinblick auf das Verhältnis zwischen § 184 BGB und § 15 KO wie im Fall a) tauchen hier nicht auf.

c)Etwas anderes gilt allerdings,wenn die Wirksamkeit der Verfügung gem.§ 185 II S.1 2.Alt. BGB davon abhängt,daß der Gemeinschuldner selbst nachträglich erwirbt.Gelangt dann der Gegenstand durch den Erwerb in die Konkursmasse,so ist § 15 KO anwendbar.[23)]

Ein besonderer Schutz des Begünstigten durch die Rückwirkungsfiktion des § 184 BGB kommt nicht in Betracht.[24)] Das ist auch aus der Sicht des Erwerbers verständlich, denn er ist anders als oben noch von dem Verfügenden selbst abhängig.Er darf nicht darauf vertrauen,daß der verfügende nachmalige Gemeinschuldner (oder dessen Konkursverwalter) noch im Konkurs zu seinen Gunsten Erwerbshandlungen[25)] vornimmt.Eine konkursfeste Rechtsposition hat ein nur gem.§ 185 II S.1 2.Alt. Begünstigter demnach nicht.Ähnlich ungeschützt ist auch der Erwerber beim bedingten Rechtserwerb,wenn der Bedingungseintritt von einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners abhängig ist.[26)] In diesen Fällen steht bereits § 7 KO entgegen.Diese Lösung ergibt sich auch hinsichtlich des Erwerbs gem.§ 185 II S.1 2.Alt.BGB,wenn der Gemeinschuldner selbst tätig wird.Ansonsten greift § 15 KO ein.

---

23)vgl.Jaeger-Lent KO § 15 Anm.20 a.E.; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.13

24)RGZ 135,383; Palandt-Heinrichs § 185 Anm.3; Mentzel-Kuhn aaO.; Jaeger-Lent aaO.

25)vgl.Beispiel bei Mentzel-Kuhn aaO.

26)vgl.oben S.64

d)Zusammenfassend ist festzustellen:

Verfügt der spätere Gemeinschuldner über eine ihm gehörende Sache und erfolgt die gem.§§ 182-184 BGB geregelte Genehmigung eines Dritten nach Konkurseröffnung,so steht dem Erwerb des Begünstigten § 15 KO nicht entgegen.Vielmehr hat dieser gem.§ 184 II BGB eine mit § 161 I S.2 BGB vergleichbare konkursfeste Erwerbsposition.

Verfügt der spätere Gemeinschuldner über eine ihm nicht gehörige Sache als Nichtberechtigter und erfolgt die in § 185 II S.1 BGB geregelte Genehmigung des Berechtigten nach Konkursbeginn,so erwirbt der Begünstigte, ohne daß § 15 KO eingreifen kann.Hier fehlt es bereits an einem Gegenstand der Konkursmasse.

Etwas anderes gilt nur,wenn die Wirksamkeit der Verfügung nicht von einer Genehmigung eines Dritten abhängt,sondern davon,daß der Verfügende den Gegenstand selbst erwirbt (§ 185 II S.1 2.Alt. BGB).Fällt der erworbene Gegenstand in die Konkursmasse,dann steht § 15 KO,oder auch schon § 7 KO,dem Rechtserwerb des Begünstigten entgegen.

2. Anfechtung (§ 142 BGB)

Hatte der nachmalige Gemeinschuldner selbst vor Konkurseröffnung einen Gegenstand erworben,war dieser Erwerb aber anfechtbar,so fragt sich,ob der Anfechtungsberechtigte auch noch nach Konkursbeginn von seiner Anfechtungsbefugnis (§§ 119 ff.BGB) Gebrauch machen kann.Ein Problem im Hinblick auf § 15 KO ergibt sich dabei nur,wenn die Anfechtung nicht nur das Verpflichtungsgeschäft[27],sondern auch den dinglichen Vertrag[28] ergreift.Dann käme es gem.§ 142 BGB zum Rückerwerb

---

27)Bei Anfechtung und Rückabwicklung des schuldrechtlichen Geschäfts sind die §§ 17 ff.KO anwendbar, vgl.Jaeger-Lent KO § 17 Anm.9(2),10.Auch der Grundsatz des § 3 KO (vgl.oben S.12,13)kann das nicht vereiteln (vgl.Jaeger-Lent KO § 3 Anm.8a; Mentzel-Kuhn KO § 3 Anm.18).

28)vgl.nähere Hinweise bei Palandt-Heinrichs § 142 Anm.2, § 139 Anm.4 und Übbl. 3d,e vor § 104

eines Massegegenstandes.

a)Nach allgemeiner Ansicht[29] kann § 15 KO jedoch diesen Rechtsverlust nicht verhindern.Ähnlich wie beim auflösend bedingten Rechtserwerb[30] begrenzt allerdings auch hier § 26 S.1 KO die Anfechtbarkeit.Denn die Konkurseröffnung selbst und deren Folgen sollen kein Aufhebungsgrund sein.[31] Nach heute ganz herrschender Meinung[32] ist die Anfechtung wegen Irrtums über die Kreditwürdigkeit des späteren Gemeinschuldners analog § 26 S.1 KO ausgeschlossen.Bei arglistiger Täuschung über die Kreditwürdigkeit allerdings verdient der Anfechtungsberechtigte Schutz.Daher steht auch § 26 S.1 KO nicht entgegen.Dies war früher noch hart bestritten[33],hat sich aber durchgesetzt.[34]

Bei Irrtum,arglistiger Täuschung oder Drohung im Hinblick auf Tatsachen,die nicht auf der Konkurseröffnung beruhen,ist § 26 S.1 KO nicht anwendbar.[35] Daher greift die Anfechtung durch.Lent[36] meint:Daran ändere auch § 15 KO nichts,denn dieser erfasse im Gegensatz zu § 26 S.1 KO sowieso nur einen sich "ex nunc",nicht aber "ex tunc", vollziehenden Rechtserwerb.

b)Die Regelung des § 15 KO läßt sich unseres Erachtens nicht so einfach mit dem Hinweis auf die "ex-tunc-Wirkung" ausschalten.Auch die Rückwirkungsfiktion des § 142 BGB darf nicht darüber hinwegtäuschen,daß die

---

29)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.12, § 3 Anm.8a, § 26 Anm.6, § 1 Anm.49; Jaeger KO § 15 Anm.15; Mentzel-Kuhn KO § 26 Anm.4 (ohne § 15 KO zu erwähnen), ebenso Böhle-Stamschräder KO § 26 Anm.5; vgl.auch RGZ 56,240

30)vgl.oben S.64-66

31)Motive II S.91

32)Jager-Lent KO § 26 Anm.6[1]; Jaeger KO § 26 Anm.6; Mentzel-Kuhn KO § 26 Anm.4; Böhle-Stamschräder KO § 26 Anm.5.--früher war man überwiegend gegen eine entsprechende Anwendung des § 26 S.1.(Nachweise bei Jaeger aaO.).

33)so von Jaeger aaO. und Mentzel KO § 26 Anm.3

34)vgl.Jaeger-Lent KO § 26 Anm.6[2]; Mentzel-Kuhn KO (ab 7.A.) aaO.; Böhle-Stamschräder aaO; Lent JR 57,284

35)vgl.Lent JR 57,286

36)Lent in Jaeger-Lent KO § 26 Anm.7,1

Rechtsfolgen erst in dem Augenblick eintreten,in dem das Anfechtungsrecht ausgeübt wird.[37] Erfolgt dies nach Konkursbeginn,so ist § 15 KO seinem Wortlaut nach zumindest anwendbar.[38] Deshalb ist es hier, wie schon bei § 184 BGB,erforderlich,innere Gründe aufzuzeigen,mit denen sich die Rückwirkungsfiktion des § 142 BGB auch gegenüber § 15 KO absichern läßt. § 142 BGB selbst sieht,im Gegensatz zu § 184 BGB[39], keine Ausnahmen und Einschränkungen vor.Damit ist aber noch nicht gesagt,daß § 142 BGB auch im Konkurs uneingeschränkt gilt.Vielmehr ist erst zu beweisen,daß der dinglich Anfechtungsberechtigte eine konkursfeste Position hat.Entscheidend ist hier die Wertung,welche die dingliche Rückwirkung rechtfertigt.

Auszugehen ist von dem dogmatischen Hintergrund der Anfechtungstatbestände und der Wirkung der Anfechtungserklärung.Nach dem dogmatischen Aufbau der Willenserklärung im BGB liegt bei den Anfechtungstatbeständen ein Mangel im Tatbestand vor,welcher durch die Anfechtungserklärung geltend gemacht wird.[40] Ist die auf Irrtum,Täuschung oder Drohung beruhende Willenserklärung Teil eines Verfügungsgeschäfts,so ist die Verfügung selbst mangelhaft.Auf diesen Mangel beruft sich der Verfügende mit der Anfechtungserklärung.Deshalb besteht die Folge der Anfechtung darin,daß die Willenserklärung,und damit das gesamte Verfügungsgeschäft, nichtig ist und keinerlei Wirkung entfaltet.[41] Da der Mangel schon im Zeitpunkt der Verfügung bestand,muß die Anfechtung auch dazu führen,daß das Rechtsgeschäft von Anfang an als nichtig anzusehen ist.So dient die dingliche Rückwirkung dem Ziel,die frühere Rechtslage

---

37)vgl.Larenz,Methodenlehre S.190; ähnlich Esser,Rechtsfiktionen S.183:"Rückwirkungsfiktion verdunkelt unnötig".Vgl. auch oben S.36

38)s.oben S.36,37

39)vgl.oben S.133

40)Staudinger-Coing § 142 Anm.1a

41)Staudinger-Coing aaO.; auch v.Tuhr BGB AT II 1. § 57 V

in jeder Beziehung wiederherzustellen.[42] Durch die Anfechtungsbefugnis bleibt dem Berechtigten hinsichtlich seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung die Freiheit der Entschließung gewahrt.[43] Damit hat der mangelhaft und somit anfechtbar Verfügende seine absolute Rechtsposition nicht verloren.Es liegt während der Anfechtungsfrist allein an ihm,den Fehler des Verfügungsgeschäfts geltend zu machen.Demgegenüber haben die Interessen Dritter zurückzustehen,wie sich aus der Wertung des § 142 II BGB ergibt.[44]

Auch im Konkurs über das Vermögen des Anfechtungsgegners kann die absolute Position des Anfechtungsberechtigten nicht beeinträchtigt sein.Der Berechtigte hat weder dem Gemeinschuldner noch der Konkursmasse gegenüber endgültig zurechenbar verfügt.Schutzwürdige Interessen der Konkursgläubiger an dem Verfügungsgegenstand bestehen nicht.Deshalb kann sich hier der mangelhaft Verfügende weiterhin auf seine absolute Rechtsposition berufen.Folglich muß die dingliche Rückwirkung, welche allein dem Ziel dient,diese Rechtsstellung in jeder Beziehung wiederherzustellen,auch gegenüber § 15 KO durchdringen.

c)Abschließend ist festzuhalten:

Die Ausübung der Anfechtung mit der dinglichen Rückwirkung gem.§ 142 BGB kann im Konkurs des Anfechtungsgegners nicht an § 15 KO scheitern.Eine Anfechtung wegen Irrtums über die Kreditwürdigkeit des späteren Gemeinschuldners ist jedoch analog § 26 S.1 KO ausgeschlossen.

---

42)Esser,Rechtsfiktionen S.183
43)Larenz BGB AT § 29 V b
44)Esser aaO.

II.Pfandrecht und Grundschuld zur Sicherung künftiger Forderungen

1. Verpfändung einer Sache zur Sicherung einer künftigen Forderung (§ 1204 II BGB)

a)Gem.§ 1204 II BGB ist die Bestellung eines Faustpfandrechts auch für eine künftige Forderung möglich. Obwohl das Pfandrecht grundsätzlich akzessorisch ist, also den Bestand einer Forderung voraussetzt,soll es im Fall des § 1204 II BGB nach ganz herrschender Meinung[45] bereits mit der Verpfändung entstehen.Dabei stützt man sich besonders auf § 1209 BGB.Danach ist für den Rang eines Pfandrechts,auch wenn es für eine künftige Forderung bestellt ist,nicht der Zeitpunkt der Forderungsentstehung,sondern bereits die Zeit der Bestellung maßgeblich.[46] Das Pfandrecht bestehe dann allerdings zunächst ohne Verwertungsbefugnis.[47] Das sei dem Gesetzgeber aber durchaus nicht fremd.Denn auch die Regelung des § 1228 II BGB gehe davon aus, daß das Verwertungsrecht grundsätzlich erst bei Fälligkeit der zu sichernden Forderung bestehe.[48]

Aus dieser nahezu unbestrittenen Ansicht folgert der überwiegende Teil in der konkursrechtlichen Literatur[49]:§ 15 KO sei nicht anwendbar,falls der Verpfänder nach der Pfandrechtsbestellung,aber vor Entstehung der künftigen Forderung in Konkurs gerate.Der Pfandgläubiger habe sogar die Möglichkeit,an den Gemein-

---

45)Wolff-Raiser § 162 I 3; Staudinger-Spreng § 1204 Anm.11; Westermann § 128 III 2; Medicus § 20 I 3; Palandt-Degenhart § 1204 Anm.3c.
Anderer Ansicht ist Kregel in RGRK § 1204 Anm.10, der das gem.§ 1204 II entstandene Recht lediglich als "Rechtsgebilde" bezeichnet,das sich zu einem wirklichen Pfandrecht entwickeln kann.

46)Westermann aaO.; Wolff-Raiser aaO.; Staudinger-Spreng aaO.

47)wie Fn.46

48)so Wolff-Raiser aaO. und Staudinger-Spreng aaO.

49)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.22[3]; Jaeger KO § 15 Anm.23; Schönke-Baur § 50 B II (anders noch 7.A.); Lent-Jauernig § 40 IV 5; vgl.früher auch schon Mentzel KO § 15 Anm.5 (nur bis 2.A.,anders ab 3.A.)

schuldner persönlich oder an einen Dritten mit Wirksamkeit gegenüber der Konkursmasse zu valutieren.[50] § 15 KO könne nicht entgegenstehen, denn das Pfandrecht stamme bereits aus der Zeit vor Konkurseröffnung. Nach der besonders früher vertretenen Gegenmeinung[51] ist das vor Konkursbeginn bestellte Pfandrecht unwirksam, wenn die Forderung erst nachher entsteht. Es sei, ebenso wie bei der Hypothek, für den abgeschlossenen Erwerb des Pfandrechts erforderlich, daß die zu sichernde Forderung bestehe. Ansonsten greife § 15 KO ein.[52]

b) Den Erwerbszeitpunkt eines dinglichen Rechts wollen wir im Rahmen des § 15 KO grundsätzlich nach denselben Gesichtspunkten bestimmen wie im Bereich des bürgerlichen Rechts. Zwar sind bürgerlichrechtliche Vorschriften auch mit Rücksicht auf die haftungsrechtlichen - d.h. auch die konkursrechtlichen - auszulegen, aber dann müssen wir erst nachweisen, daß die Konkursordnung hier eine abweichende Auslegung erfordert. Zunächst ist daher der überwiegenden Meinung in der konkursrechtlichen Literatur[53] zu folgen. Denn sie stellt, ebenso wie die ganz herrschende Ansicht[54] im Rahmen des § 1204 II BGB, auf den Zeitpunkt der Pfandrechtsbestellung ab.

Der Unterschied zur Hypothek ist auch gerechtfertigt. Denn dem Verpfänder steht kein Zwischenrecht zu, wie beispielsweise ein Eigentümerpfandrecht gem. § 1163 BGB.[55] Hinter dem Institut der Eigentümergrundschuld

---

50) so Jaeger aaO. und Jaeger-Lent aaO.

51) Mentzel KO § 15 Anm. 7 (3.-5.A.); ebenso noch Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm. 7 (6.A., dagegen nicht mehr ausdrücklich in der entspr. Anm. 9 der 7.A.); Schönke-Baur § 50 B II 3a (nur bis zur 7.A.)

52) so auch jetzt noch ohne Differenzierung zwischen Pfandrecht und Hypothek Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm. 9a und Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm. 4

53) s. Fn. 49

54) s. Fn. 45

55) vgl. Jaeger KO § 15 Anm. 23; Westermann § 128 III 2; Wolff-Raiser § 162 I 3; Medicus § 20 I 3

stehen rein praktische Erwägungen.Häufig benötigt der Eigentümer des belasteten Grundstücks die vorläufige Eigentümergrundschuld zur Sicherung der Zwischenfinanzierung.Denn die Banken warten nach der Eintragung der Hypothek mit der Auszahlung des Hypothekarkredits oft,bis der zu errichtende Bau einen gewissen Wert erreicht hat,so daß die Hypothek auch "sicher" ist. Bis dahin hat der Eigentümer die Möglichkeit,die vorläufige Eigentümergrundschuld an den Zwischenkreditgeber abzutreten,diesen somit zu sichern und sich selbst den nötigen Zwischenkredit zu beschaffen.[56] Hier ist es sinnvoll,den Vollrechtserwerb des Hypothekars bis zur Valutierung aufzuschieben und das Grundpfandrecht bis dahin dem Verpfänder zur Verfügung zu stellen.Derartige Erwägungen und Probleme tauchen hingegen beim Pfandrecht an beweglichen Sachen nicht auf.Der Grundsatz des § 889 BGB,wonach Rechte am Grundstück nicht erlöschen,wenn sie sich mit dem Grundstückseigentümer in einer Person vereinigen,gilt nicht für Rechte an beweglichen Sachen.[57] Das Institut des Pfandrechts stellt nach seiner ganzen rechtlichen Ausgestaltung als Sicherungs- und Verwertungsrecht auf eine fremde Person als Berechtigten ab.[58] Der Pfandgläubiger hat die Sache bereits in Besitz (vgl.§ 1205 BGB).Ihm stehen unter Umständen schon Nutzungsbefugnisse gem.§ 1213 BGB,sicher aber Abwehransprüche gem.§ 1227 BGB zu.[59] Bevor die zu sichernde Forderung entsteht,ist also die Position des Pfandgläubigers erheblich stärker und schutzwürdiger als die eines künftigen Hypothekars.Ihm fehlt allerdings noch die Verwertungsbefugnis.In dieser Beziehung bietet sich ein Vergleich mit der Vormerkung für künftige

---

56)Einzelheiten bei Medicus § 20 I 3

57)Soergel-Baur § 889; Staudinger-Spreng § 1163 Anm.2b, § 1204 Anm.7

58)Staudinger-Spreng § 1204 Anm.7

59)Staudinger-Spreng § 1204 Anm.11; Wolff-Raiser aaO.; Westermann aaO.

Ansprüche[60] an. Darauf werden wir im folgenden noch zurückkommen.

Festzuhalten bleibt zunächst: Der Erwerb des Pfandrechts gem. § 1204 II BGB liegt vor Konkurseröffnung. Deshalb greift § 15 KO schon seinem Wortlaut nach nicht ein.

2. Valutierung gegenüber dem Gemeinschuldner

Obwohl § 15 KO nicht entgegensteht, folgt daraus noch nicht, daß der Pfandgläubiger sogar für den Kredit abgesonderte Befriedigung verlangen kann, den er nach Konkursbeginn an den Gemeinschuldner persönlich zahlt.[61] Hier verdient die Konkursmasse Schutz. In Betracht kommen dabei die §§ 3 und 7 KO.

a) § 3 KO schließt den nachträglichen Erwerb von Forderungen gegenüber der Konkursmasse grundsätzlich aus.[62] Hier geht es jedoch nicht um schuldrechtliche Verpflichtungen der Konkursmasse, sondern um Darlehensverpflichtungen des Gemeinschuldners. Aber dem § 3 KO ist, wie schon im Rahmen der Vormerkung für künftige Ansprüche erläutert[63], darüber hinaus ein grundlegendes Prinzip zu entnehmen: Persönliche Ansprüche gegen den Gemeinschuldner, die erst nach Konkursbeginn entstehen, kann man nicht gegenüber der Konkursmasse geltend machen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Ansprüche bereits durch ein Sicherungsrecht ohne Verwertungsbefugnis "abgesichert" sind. Etwas anderes gilt gem. § 67 KO nur, wenn die Forderung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits aufschiebend bedingt besteht.[64] Bedingte Forderungen und künftige Forderungen sind jedoch zweierlei. Der Darlehensanspruch, der gem. § 1204 II BGB abgesichert werden soll, dürfte in aller Regel selbst die sehr

---

60) vgl. oben S. 57, 58

61) Das folgern aber Jaeger aaO. und Lent in Jaeger-Lent aaO. ohne zwingende Begründung

62) vgl. oben S. 12, 13

63) s. oben S. 58, 59

64) Einzelheiten oben S. 61

"großzügigen" Voraussetzungen[65] des § 67 KO nicht erfüllen. § 1204 II BGB stellt an die zu sichernde künftige Forderung nicht die gleichen strengen Anforderungen wie dies im Rahmen des § 883 I S.2 BGB geschieht.[66] Die Ausnahme des § 67 KO wird also nur selten gegeben sein, so daß regelmäßig bereits § 3 KO entgegensteht.

b) Selbst wenn ausnahmsweise die Voraussetzungen des § 67 KO vorliegen, so ist die Masse jedenfalls gem. § 7 KO geschützt. Denn die Annahme der Valuta durch den Gemeinschuldner ist eine Rechtshandlung.[67] Diese berührt auch die Konkursmasse: Das Pfandrecht würde zu einer wirklich materiellen Belastung der Masse führen. Die Einreden, welche sich gegen die Geltendmachung des Pfandrechts richten[68], würden ebenso beeinträchtigt wie der Rückgabeanspruch, welcher der Masse aus der Sicherungsabrede zusteht. Das aber muß § 7 KO verhindern.[69]

c) Diese Lösung ist auch aus der Sicht des Pfandgläubigers gerechtfertigt. Denn dieser kann nicht erwarten, daß er sich für Geldzahlungen an den Gemeinschuldner persönlich aus den Gegenständen der Konkursmasse befriedigen kann. Zudem bleibt er nicht ungeschützt, denn gem. § 610 BGB hat er die Möglichkeit, beim Vermögensverfall des Darlehensnehmers, und etwas anderes ist der Konkurs nicht, das gegebene Darlehensversprechen zu wider-

---

65) vgl. oben S.61

66) vgl. Palandt-Degenhart § 1204 Anm. 3c und § 883 Anm. 3d aa); s. auch schon oben S.59,60

67) vgl. Wörbelauer DNotZ 65,580 ff. (585 Fn. 16)

68) Einreden bestehen aus BGB (vgl. § 1211 I S.1) und aus der Sicherungsabrede

69) Die Argumentation mit § 7 KO versagt in den Fällen, in denen der Gemeinschuldner nicht mehr tätig wird, so z.B. bei Bestellung eines Pfandrechts für eine Deliktsforderung auf Ersatz künftig entstehenden Schadens. Hier greift aber bereits der Grundsatz des § 3 KO ein. Allerdings werden dann die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung des § 67 KO genau zu prüfen sein. Sollte die gesicherte Forderung unter § 67 KO fallen, so ist auch ein Schutz des Pfandgläubigers gegenüber den Konkursgläubigern gerechtfertigt.

rufen.[70] So bleibt er dem Gemeinschuldner aus dem Vorvertrag[71] nicht verpflichtet. Er riskiert damit keine ungesicherte Kreditzahlung.

3. Valutierung gegenüber Dritten

Ist die Masse gegenüber Valutierungen an den Gemeinschuldner persönlich noch gem.§ 3 KO oder zumindest gem.§ 7 KO geschützt, so bleibt noch die Frage offen, ob das gem.§ 1204 II BGB bestellte Pfandrecht Sicherung für Kreditauszahlungen an Dritte gewähren kann.

a)Der Grundsatz des § 3 KO hilft hier nicht. Denn die persönlichen Forderungen des Pfandgläubigers entstehen gegenüber dem Dritten, nicht gegenüber dem Gemeinschuldner. Dieser wird nach Konkursbeginn überhaupt nicht mehr tätig. Daher entfällt auch ein Schutz der Masse gem.§ 7 KO.

b)Man könnte noch einmal auf § 15 KO zurückgreifen. Dann müßte man auf die Einreden abstellen, die der Konkursmasse zunächst gegenüber dem Pfandgläubiger zustehen. Vor der Valutierung können sich die Konkursgläubiger sowohl auf § 1211 I S.1 BGB als auch auf die Sicherungsabrede berufen, die regelmäßig zwischen dem Gemeinschuldner und dem Pfandgläubiger getroffen wurde. Diese Rechte bestehen aber nicht mehr, sobald der Dritte den vereinbarten Kredit erhalten hat. Fraglich ist, ob der Verlust dieser Einreden an § 15 KO scheitern kann.

Zu den oben[72] erörterten "Rechten" im Sinne des § 15 KO zählen Einreden der Konkursmasse nicht. Man könnte aber erwägen, das zunächst einredebehaftete Pfandrecht von dem nach der Auszahlung "einredefreien" Pfandrecht zu unterscheiden und nur das letztere als "Recht" im Sinne des § 15 KO anzusehen. Aus ähnlichen Gründen sollte schon die Vormerkung für künftige Ansprüche nach Jaeger und Lent an § 15 KO scheitern.[73] Eine entsprechende

---

70)vgl. Medicus § 20 IV 2b

71)vgl. Palandt-Degenhart § 610 Anm.1 m.w.N.

72)oben S.11

73)s. oben S.57-60 mit unserer kritischen Stellungnahme

Behandlung würde hier jedoch dazu führen,daß man dem vorher gem.§ 1204 II BGB begründeten Pfandrecht nur den Charakter eines unvollkommenen Rechtsgebildes zuerkennt.Das aber vertritt im Gegensatz zur ganz herrschenden Meinung lediglich Kregel.[74] Die Folge wäre,und das wollen wir gerade vermeiden,daß im Rahmen des § 15 KO andere Gesichtspunkte maßgeblich sind als im Bereich des BGB.[75] Allein der Zweck des § 15 KO,Verluste der Masse zu verhindern,kann nicht ausreichen,um hier ein Eingreifen dieser Vorschrift zu rechtfertigen.Vielmehr sind zunächst weitere konkursrechtliche Schutznormen,wie schon die eben behandelten §§ 3 und 7 KO,zu suchen.Erst wenn diese nicht weiterhelfen und dennoch ein Schutz der Konkursmasse unbedingt erforderlich erscheint,bietet sich eine erweiternde Auslegung und Anwendung des § 15 KO an.[76]

c)Hier kommt zum Schutz der Masse die Regelung des § 23 I KO[77] in Betracht.Wir setzen dabei voraus,daß zwischen dem nachmaligen Gemeinschuldner und dem Pfandgläubiger eine schuldrechtliche Sicherungsabrede besteht,die den Gläubiger zur späteren Valutierung an Dritte berechtigt und verpflichtet.Das durch eine solche Vereinbarung begründete Verhältnis richtet sich nach Auftragsrecht oder dem Recht der Geschäftsbesorgung.Es erlischt gem.§ 23 I KO mit der Konkurseröffnung.[78] Daher ist der Pfandgläubiger nach Konkursbeginn gegenüber der Konkursmasse nicht mehr zur Valutierung an Dritte berechtigt.[79] Durch künftige Auszahlungen erlangt er nur noch persönliche Forderungen gegen den betreffenden Dritten.Diese sind aber nicht mehr durch das Pfandrecht gedeckt.Vielmehr kann sich die Konkursmasse auf § 23 I KO berufen und gem. § 812 I S.2 1.Alt.BGB Rückgabe der Pfandsache ver-

---

74)Kregel in RGRK § 1204 Anm.10; vgl.oben S.140 Fn.45

75)vgl.oben S.141

76)vgl.oben S.141

77)Einzelheiten bei Wörbelauer DNotZ 65,586,587

78)Wörbelauer aaO. S.586,587

79)Wörbelauer aaO. S.587

langen.Solange der Kreditgeber hinsichtlich der Konkurseröffnung in gutem Glauben ist,wird er gem.§ 23 I S.2 KO i.V.m.§ 674 BGB geschützt.[80] Der bösgläubige Pfandgläubiger hingegen verdient keinen Schutz,so daß er zur Herausgabe der Pfandsache verpflichtet ist.Das muß auch dann gelten,wenn er den Kredit von dem Dritten nicht zurückbekommt.(vgl.auch § 819 I BGB im Gegensatz zu § 818 III BGB und §§ 670,674 BGB,23 I S.2 KO)

Sollte hingegen die Pfandbestellung ausnahmsweise nicht auf einer Kreditzusage oder Sicherungsabrede beruhen, so kann zugunsten der Konkursmasse auch nicht § 23 KO anwendbar sein.In diesem wohl nur theoretischen Fall hat der Gemeinschuldner seine Interessen sehr leichtsinnig aufs Spiel gesetzt.Eine Absichtsanfechtung gem. § 31 Nr.1 KO liegt hier nicht fern.[81] Davon abgesehen aber hat der Pfandgläubiger eine feste dingliche Position ohne obligatorische Bindung gegenüber dem Eigentümer.Daher muß in diesem Ausnahmefall auch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Eigentümers ohne Einfluß bleiben.Immerhin kann sich die Konkursmasse, sobald sich der Pfandgläubiger am Pfandgegenstand befriedigt hat,noch gem.§ 1225 BGB an den persönlichen Schuldner (Dritter) halten.Die Valutierung selbst vermag sie nicht zu verhindern.

4. Valutierung einer vor Konkurseröffnung bestellten Sicherungsgrundschuld

Bei der Valutierung einer Hypothek oder Höchstbetragshypothek greift bereits § 15 KO ein.[82] Im Rahmen der Sicherungsgrundschuld jedoch tauchen ähnliche Probleme auf wie beim eben erörterten Pfandrecht gem.§ 1204 II BGB.Insofern läßt sich eine Parallele zwischen der Sicherungsgrundschuld und dem Pfandrecht gem.§ 1204 II BGB ziehen.Im Gegensatz zur Hypothek sind beide nicht vom Bestand der zu sichernden Forderung abhängig.[83]

---

80)vgl.Einzelheiten bei Wörbelauer aaO.S.587

81)vgl.Wörbelauer aaO.S.586 Fn.18

82)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.22^2 m.w.N.

83)hinsichtlich Pfandrecht s.oben S.140

a)Bei Kreditauszahlung an den Gemeinschuldner persönlich hilft der Konkursmasse,wenn nicht schon der Grundsatz des § 3 KO eingreift[84],zumindest § 7 KO. Die Annahme der Valuta durch den Gemeinschuldner ist eine Rechtshandlung.Diese beeinträchtigt Einreden und Rückgabeansprüche,welche der Masse aus der Sicherungsabrede gegenüber dem Pfandgläubiger zustehen.[85] § 7 KO schützt aber auch,falls ausnahmsweise keine Sicherungsverpflichtung besteht.Denn dann würde die Annahme der Valuta den mit Konkurseröffnung entstandenen Bereicherungsanspruch der Masse schmälern.Auch das ist dem Gemeinschuldner verwehrt.

b)Soll die Grundschuld eine spätere Kreditzahlung an Dritte absichern,so entfallen zwar die §§ 3 und 7 KO zum Schutz der Konkursmasse,jedoch hilft dann § 23 I KO.Denn in aller Regel besteht eine Kreditabsprache zwischen Gemeinschuldner und Grundschuldinhaber.[86] Gem.§ 23 I KO erlischt diese Vereinbarung als Auftrag oder Geschäftsbesorgung.[87] Damit entfällt auch der Rechtsgrund für die Hingabe der Sicherungsgrundschuld. Der Gläubiger ist gem.§ 812 I S.2 1.Alt.BGB zur Herausgabe der Grundschuld verpflichtet.Bei Unkenntnis der Konkurseröffnung greift zum Schutz des Kreditgebers § 23 I S.2 KO i.V.m.§ 674 BGB ein.[88]

5. Zusammenfassung

Bei der Verpfändung einer Sache zur Sicherung einer künftigen Forderung entsteht das Pfandrecht gem.§ 1204 II BGB bereits mit der Verpfändung auch ohne die Forderung.Ein Verstoß gegen § 15 KO kommt nicht in Betracht.Allerdings ist die Konkursmasse bei späterer Valutierung nicht schutzlos.Bei Auszahlung an den Gemeinschuldner persönlich hilft bereits der Grundsatz des § 3 KO,zumindest aber § 7 KO.Bei Kreditzahlung an

---

84)vgl.oben S.143,144

85)vgl.Wörbelauer aaO.S.583

86)Wörbelauer aaO.S.586,587

87)Wörbelauer aaO.S.587; s.auch oben S.146

88)Einzelheiten bei Wörbelauer aaO.S.587; s.oben S.147

einen Dritten kann sich der Konkursverwalter in aller Regel auf § 23 KO berufen und Rückgabe der Pfandsache verlangen.Entsprechendes gilt bei der nachträglichen Valutierung einer bereits bestehenden Sicherungsgrundschuld.Nur wenn der Pfandgläubiger nicht schuldrechtlich gebunden ist,muß auch die Konkursmasse die gegenüber Dritten erfolgende Valutierung hinnehmen.

III. Abtretung und Verpfändung künftiger Forderungen

1. Meinungsstand

Häufig,besonders im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts,kann es dazu kommen,daß der nachmalige Gemeinschuldner künftige Forderungen an einen Dritten abtritt oder verpfändet.In diesen Fällen besteht gerade im Hinblick auf § 15 KO Streit,falls die Forderungen erst nach Konkursbeginn entstehen.

a)Nach wohl herrschender Meinung[89] greift § 15 KO grundsätzlich ein,denn der Erwerb ist erst mit der Entstehung der Forderung vollendet.Allerdings machen namhafte Autoren[90] eine Einschränkung,wenn der Rechtsgrund der Forderung bereits vor Konkurseröffnung gelegt war.Dann soll § 15 KO nicht entgegenstehen:Der Erwerber habe ein Anwartschaftsrecht,das sich auch noch im Konkurs durchsetze.

b)Die Gegenseite[91] hält immer,also nicht nur im zuletzt genannten Fall,den Erwerb der künftigen Forderung für wirksam.Dabei bringt man die verschieden-

---

89) BGH LM § 15 KO Nr.1; Jaeger-Lent KO § 15 Anm.22[1]; Jaeger KO § 15 Anm.23; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.9e; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.4; Medicus Jus 67, 385 ff.; Schönke-Baur § 50 B II 3a;vgl.auch schon RG HRR 37,550; OLG Nürnberg KTS 1971,116;Blomeyer § 43 IV 1

90) Jaeger KO § 15 Anm.23a; Jaeger-Lent KO § 15 Anm.23; Palandt-Heinrichs § 398 Anm.3c; Larenz Schuldrecht I § 34 III; Einzelheiten bei Hahnzog Diss. S.76 ff.

91) vgl.besonders Arndt DRiZ 1954,233 f.; außerdem schon Oertmann BGB § 399 Anm.1g; v.Tuhr Bankarchiv 7,277; Biermann ZZP 44,527; Hufnagel NJW 52,490 (nur für den verl.Eigentumsvorbehalt)

sten Argumente: Der Zeitpunkt der Abtretung selbst liege bereits vor Konkurseröffnung ebenso wie bei der Verpfändung gem.§ 1204 II BGB.[92] Die Lage des Zessionars könne nicht schwächer sein als bei der gem.§ 184 BGB rückwirkenden Genehmigung.[93] Der Erwerber habe eine unentziehbare Anwartschaft analog § 185 II S.2 BGB.[94] Auch sei ein Vergleich mit der bedingten Abtretung geboten und mit dem gem.§ 161 I S.2 BGB konkursfesten Anwartschaftsrecht.[95]

2. Stellungnahme

Im folgenden wollen wir zunächst untersuchen,ob § 15 KO seinem Wortlaut nach anwendbar ist.Anschließend ist zu prüfen,ob konkursfeste gesetzliche Sondervorschriften zugunsten des Erwerbers eingreifen.

a)Im Rahmen des Wortlauts des § 15 KO könnten hier zwei Merkmale fraglich sein:der Erwerbszeitpunkt der Forderung und die Eigenschaft derselben als Massegegenstand.

aa)Fällt der Erwerb der künftigen Forderung in die Zeit nach Konkurseröffnung? Grundsätzlich kann man die Forderung nicht schon dann erworben haben,wenn sie selbst noch gar nicht entstanden ist.[96] Das werden auch diejenigen anerkennen,die der Vorausabtretung unmittelbare Wirkung zuschreiben.[97] Der in diesem Zusammenhang genannte § 1204 II BGB[98] kann auch nicht entsprechend helfen.Denn er betrifft nicht die Abtretung oder Verpfändung einer künftigen Forderung,sondern die Verpfändung einer Sache zur Sicherung einer künftigen Forderung.[99] Die verpfändete Sache selbst ist schon vorhanden und wird dem Pfandgläubiger mit der Verpfändung übergeben.Daher ist hier wohl kaum ein Ansatz zur

---

92)so Biermann aaO.
93)so Arndt aaO.S.234
94)so v.Tuhr aaO.; wohl auch Arndt aaO.S.234
95)so Arndt aaO.S.233
96)vgl.auch RGZ 74,418
97)vgl.RGZ 134,78; RG JW 1913 S.138 Nr.8; Blomeyer aaO.
98)Biermann aaO.
99)zu diesem Problem hins.§ 15 KO s.oben S.140-149

Parallele mit dem Erwerb einer zukünftigen Forderung ersichtlich.Der Erwerbstatbestand ist erst mit Entstehung der abgetretenen oder verpfändeten Forderung, also erst nach Konkursbeginn,vollendet.[100]

bb)Ist die künftige Forderung ein Massegenstand? Diese Frage ist sehr problematisch und wird von vielen Autoren mit der Entscheidung des Problems Durchgangserwerb - Direkterwerb verbunden.[101] Eigentlich dürften die zahlreichen Stimmen,die hier Direkterwerb - also ohne Durchgang durch das Vermögen des Gemeinschuldners - annehmen,§ 15 KO überhaupt nicht anwenden.[102] Eine Auseinandersetzung mit dem Theorienstreit ist jedoch entbehrlich,wenn sich konkursrechtliche Gesichtspunkte finden lassen,aus denen sich die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit der Forderung zur Konkursmasse eindeutig ergeben.[103]

aaa)Die künftige Forderung kann aus der Veräußerung eines Massegegenstandes stammen.Das Rechtsgeschäft selbst ist wegen § 7 KO nur wirksam,falls der Konkursverwalter tätig wird (§ 6 KO).Dann ergibt aber der Sinn der §§ 6,17,117 ff.,149 ff.KO,daß auch die Forderung der Konkursmasse zusteht.[104] Eine Absprache in Form der Vorausabtretung zwischen Gemeinschuldner und Erwerber kann daran nichts ändern.Sie würde die gesamte Verwertung der Konkursmasse aushöhlen, den Konkurszweck unterlaufen und den Verwalter zum Handlanger des durch die Vorausabtretung Begünstigten degradieren.[105]

bbb)Etwas anderes jedoch könnte gelten,wenn die künftige Forderung der Verfügung über einen Gegenstand entspringt,der nicht zur Konkursmasse gehört (Aus-

---

100)so auch die ganz h.M.,vgl. S.149

101)vgl.dazu Nachweise bei Medicus Jus 67,387,388

102)Das ist aber merkwürdigerweise nicht der Fall, vgl.Medicus aaO.

103)vgl. auch Medicus aaO.S.388

104)ebenso Medicus aaO.

105)vgl. Medicus aaO.S.386

sonderungsgegenstand) oder zumindest mit einem Absonderungsrecht belastet ist.Das wird besonders aktuell beim verlängerten Eigentumsvorbehalt,bei dem sich der Lieferant der Ware zugleich die Forderungen aus der Weiterveräußerung hat abtreten lassen.[106] In diesem Fall ist § 46 KO zu entnehmen,daß die Forderungen nicht der Konkursmasse gebühren,sondern dem Aussonderungsberechtigten.[107] Das gilt nach ganz herrschender Meinung[108] ebenfalls zugunsten des Absonderungsberechtigten.Daher kommt es hier auf den Streit, ob der Eigentumsvorbehalt ein Aussonderungsrecht oder ein Absonderungsrecht gewährt[109],nicht an.Auch kann man nicht etwa einwenden,§ 46 KO sei gar nicht anwendbar,denn der Gemeinschuldner bzw. Konkursverwalter sei ja zur Weiterveräußerung berechtigt.Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt ist davon auszugehen,daß die Berechtigung zur Weiterveräußerung im Konkurs des Käufers erlischt,es sei denn,es besteht eine ausdrückliche Gegenabsprache.[110] Demnach ist die Forderung nach der Wertung des § 46 KO nicht mehr als "Massegegenstand" im Sinne des § 15 KO anzusehen.[111] Zudem kann sich der Lieferant im Falle der Weiterveräußerung direkt auf § 46 KO stützen und vom Konkursverwalter Abtretung der Forderung verlangen.[112]

ccc)Die künftige Forderung ist also nur dann als Massegegenstand zu betrachten,wenn sie aus der Verwertung von Massegegenständen herrührt.In diesen Fällen ist daher § 15 KO seinem Wortlaut nach anwendbar.

---

106)vgl.Schönke-Baur § 51c II 2a

107)Medicus aaO.S.386 und S.392.Auf S.386 zieht Medicus zugleich aus § 46 KO einen Umkehrschluß für alle anderen Fälle.

108)Jaeger-Lent KO § 46 Anm.5; Mentzel-Kuhn KO § 46 Anm.6; Böhle-Stamschräder KO § 46 Anm.4

109)vgl.zum Streit Lent-Jauernig § 45 I 1a,c m.w.N.

110)BGHZ 27,309; Böhle-Stamschräder KO § 46 Anm.7

111)Das wird bei Lent-Jauernig § 45 I 1c übersehen.

112)BGHZ 27,306; Medicus aaO.S.392

b)Im Rahmen der gesetzlichen Sondervorschriften sind besonders die Normen zu prüfen,auf welche sich die Vertreter der Gegenmeinung[113] berufen.Außerdem gilt es,das von einem Teil der herrschenden Meinung[114] erwähnte "Anwartschaftsrecht" zu untersuchen.Auch dieses kann nur gegenüber § 15 KO durchdringen,wenn es sich auf eine konkursbeständige Regelung stützen läßt.[115]

aa)Zunächst vergleicht Arndt[116] die Verfügung des späteren Gemeinschuldners mit der eines Nichtberechtigten: Die Verfügung des Gemeinschuldners über eine ihm nicht zustehende Forderung könne noch nach Konkurseröffnung durch die Genehmigung des wirklichen Gläubigers rückwirkend wirksam werden (§ 185 II S.1 1.Alt. i.V.m. § 184 BGB).Dann könne aber die Lage des Zessionars,dem der Gemeinschuldner eine ihm gehörende,aber erst künftig entstehende Forderung abtrete,nicht schlechter sein.Wie oben[117] gezeigt,kann wirklich der Erwerb vom nichtberechtigten Gemeinschuldner nicht an § 15 KO scheitern.Jedoch übersieht Arndt,daß die fremde Forderung überhaupt nicht in die Konkursmasse fällt.Daher entsteht dort kein Konflikt mit § 15 KO,ganz im Gegensatz zum hier zu behandelnden Fall,in dem die Forderung der Konkursmasse gebührt.Insofern ist die Lage des Zessionars zu Recht schwächer,während auf der anderen Seite die Interessen der Konkursgläubiger an der Verwertung und dem daraus fließenden Erlös Vorrang haben.Im von Arndt herangezogenen Vergleichsfall waren die Interessen der Konkursgläubiger gar nicht berührt.

---

113)vgl.oben S.149,150

114)vgl.oben S.149 Fn.90

115)allgemein zur Kritik am leichtsinnigen Gebrauch des begriffs "Anwartschaft" s.oben S.66

116)Arndt DRiZ 1954 S.234

117)oben S.134,135

Auch die Regelung des § 185 II S.1 2.Alt.BGB,welche nach v.Tuhr[118] dem Erwerber eine unentziehbare Anwartschaft sichern soll,kann selbst bei analoger Anwendung nicht weiterhelfen.Wie bereits oben[119] erläutert,greift § 15 KO ein.Dem Erwerber steht keine konkursfeste Anwartschaft zu.Verfügungen über ein fremdes Recht können durch Erwerb desselben gem.§ 185 II S.1 2.Alt.BGB im Konkurs des Verfügenden nicht mehr wirksam werden.Also führt ein Vergleich mit der Verfügung eines Nichtberechtigten im hier zu behandelnden Fall nicht weiter.§ 15 KO läßt sich auf diesem Wege nicht ausschalten.

bb)Darüber hinaus weist Arndt[120] auf die Rechtslage bei einer bedingten Abtretung und der Abtretung bedingter Forderungen hin:Bei der hier zu erörternden unbedingten Abtretung einer zukünftig entstehenden Forderung sei die Rechtsstellung des Zessionars mindestens gleich stark.Die Vollendung des Rechtserwerbs sei "nur" von einer unechten Bedingung,einer sog."Rechtsbedingung" abhängig.Diesem Argument ist aus mehreren Gründen entgegenzutreten:

aaa)Zunächst sind die Vergleichsfälle selbst nicht immer konkursfest.Die bedingte Abtretung scheitert ebenso wie die Abtretung bedingter Forderungen im Konkurs des Zedenten an § 7 KO,wenn die Bedingung auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht.[121] Ist der Bedingungseintritt vom Konkursverwalter abhängig - so auch entsprechend beim Entstehen künftiger Forderungen im Wege der Verwertung - ,dann bleibt § 161 I S.2 BGB von vornherein außer Betracht.Denn diese Bestimmung geht gerade davon aus,daß der Konkursverwalter keinen Einfluß auf den Eintritt der Bedingung hat. Schon deshalb muß ein Vergleich mit den gemäß § 161 I S.2 BGB konkursfesten Tatbeständen hier scheitern.

---

118)v.Tuhr Bank Archiv 7,277
119)vgl.oben S.135
120)Arndt aaO.S.233
121)s.oben S.64

bbb)Zudem fallen Rechtsbedingungen nicht unter § 161 BGB im Gegensatz zu § 67 KO.[122] Auf diese Vorschrift beruft sich Arndt[123] aber zu Unrecht. Denn § 67 KO betrifft nur Konkursforderungen, nicht aber Aktivforderungen der Masse. Daher hat § 67 KO hier beim Erwerb künftiger zur Konkursmasse gehörender Forderungen keine Bedeutung.

ccc)Schließlich ist auch die Position eines Zessionars, dessen Rechtserwerb "nur" von einer Rechtsbedingung abhängt, auch in anderen Fällen erheblich schwächer und nicht konkursfest. Das zeigt sich besonders am Beispiel des Auflassungsempfängers, der eine bereits gem. § 873 II BGB bindende Einigung erhalten hat. Zur Vollendung des Erwerbs ist nur noch die Eintragung im Grundbuch erforderlich. Konkursfest ist die Stellung des Erwerbers gem. § 15 S.2 KO i.V.m. § 878 BGB aber erst, wenn er die Eintragung beantragt hat.[124] Vorher kann er sich auch nicht auf die Grundsätze zum aufschiebend bedingten Rechtserwerb (vgl. § 161 I S.2 BGB) berufen,[125] obwohl der Gemeinschuldner bereits alles seinerseits zum Rechtsübergang erforderliche getan hat. Die §§ 158 ff. BGB wären nur anwendbar, wenn, abgesehen vom Bedingungseintritt, alle Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.[126] Hier aber fehlt, ebenso wie beim Erwerb einer künftigen Forderung, noch ein Element des Erwerbstatbestandes selbst. Gerade da soll die Schranke des § 15 KO zum Schutz der Konkursmasse eingreifen.

cc)Schließlich bleibt noch die Ausnahme zu prüfen, welche namhafte Autoren im Rahmen der herrschenden Meinung vertreten: Der Zessionar habe jedoch dann eine konkursfeste Anwartschaft, wenn der Rechtsgrund für die künftige Forderung bereits vor Konkurseröffnung gelegt sei.[127] Dann übertrage der Zedent seine bereits be-

---

122)vgl.oben S.61

123)Arndt aaO.S.233

124)vgl.oben S.49-52; auch OLG Köln KTS 68,248 ff.

125)vgl.OLG Köln aaO.S.250

126)vgl.OLG Köln aaO.

127)s.oben S.149 Fn.90

stehende Rechtsposition,die in einem späteren Konkurs nicht mehr zur Konkursmasse gehöre.[128] Hierbei denkt man an künftige Forderungen aus schon bestehenden Dauerschuldverhältnissen,wie Miet- und Dienstvertrag.[129]

aaa)Als Ausgangspunkt bietet sich die Bestimmung des § 21 II KO an.Danach sind Vorausverfügungen des Gemeinschuldners über Miet- und Pachtzinsen (von Grundstücken und Wohnräumen) nur dann gegenüber der Konkursmasse wirksam,wenn sie sich auf einen abgegrenzten Zeitraum nach Konkurseröffnung beziehen.Aus dieser Ausnahmevorschrift zieht man zwei Gegenschlüsse:Einige[130] meinen,§ 21 II KO sei bewußt auf Vermietung und Verpachtung nur von Grundstücken und Wohnräumen beschränkt. Handele es sich aber um Miete und acht von beweglichen Sachen und Rechten,so seien sämtliche Vorausverfügungen der Konkursmasse gegenüber wirksam.Andere[131] sind der Ansicht,man könne den Gegenschluß nicht nur auf Verfügungen im Rahmen anderer Miet- und Pachtverhältnisse begrenzen.Vielmehr seien sämtliche Vorausverfügungen über Ansprüche aus allen schon vorhandenen Schuldverhältnissen regelmäßig wirksam.

bbb)Dem engeren Gegenschluß,bezogen nur auf die Schuldverhältnisse des § 21 KO,können wir zustimmen.Denn der Konkursverwalter ist gem.§ 21 I KO grundsätzlich an einen Miet- oder Pachtvertrag gebunden.In diesen Fällen kann er nicht von seinem Wahlrecht gem.§§ 17 ff.KO Gebrauch machen und den Vertrag auflösen.Ihm bleibt lediglich eine freiwillige Veräußerung des Miet- oder Pachtgegenstandes gem.§ 21 IV KO.Dann muß der Erwerber die Vorausverfügungen über Miet- und Pachtzinsen gegen sich gelten lassen.[132] Die künftigen Ansprüche im

---

128)so Larenz Schuldrecht I § 34 III

129)vgl.Larenz aaO.

130)Mentzel-Kuhn KO § 21 Anm.11; Böhle-Stamschräder KO § 21 Anm.4; vgl.auch Begründung S.31

131)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.23, § 21 Anm.8,10; Jaeger KO § 15 Anm.23a, § 21 Anm.5; Bauknecht NJW 56,1180

132)Böhle-Stamschräder KO § 21 Anm.8 m.w.N.

Rahmen dieser bestehenden Dauerschuldverhältnisse sind also weder von der Konkurseröffnung noch vom Konkursverwalter abhängig oder zu beeinflussen.Daher ist es wohl gerechtfertigt,dem Zessionar dieser Forderungen eine konkursfeste Anwartschaft zuzubilligen.Diese setzt sich analog § 161 I S.2 BGB i.V.m.§ 21 I,II KO auch gegenüber § 15 KO durch.

Den weiteren Gegenschluß aus § 21 II KO,bezogen auf alle schon vorhandenen Schuldverhältnisse,können wir allerdings nicht nachvollziehen.Das gilt zumindest dann,wenn das wesentliche Merkmal des § 21 I KO,nämlich die Bindung der Konkursmasse an den Dauerschuldvertrag, fehlt.Nur wenn dem Konkursverwalter die Ausübung des Wahlrechts verwehrt ist,läßt sich die Konkursfestigkeit der Vorausabtretung in Analogie zu § 161 I S.2 BGB i.V.m.§ 21 I,II KO vertreten.Mit dieser Begründung kann man auch Jaegers[133] Beispiel hinsichtlich der Vorausverfügung über Darlehenszinsansprüche rechtfertigen.Denn das Darlehen gem.§ 607 BGB liegt nicht im Anwendungsbereich des § 17 KO.[134] In allen anderen Fällen aber,in denen dem Konkursverwalter die Auflösung des Schuldverhältnisses gem.§§ 17 ff.KO vorbehalten bleibt,ist die Erwerbsaussicht des Zessionars nicht konkursfest.Schon das Entstehen der künftigen Forderungen hängt dann allein vom Verwalter ab.Wenn sich dieser für die Fortsetzung des Schuldverhältnisses entscheidet, dürfen die Ansprüche auch nur der Konkursmasse zugute kommen.Hier liegen die Grenzen eines möglichen Gegenschlusses aus § 21 II KO.

ccc)Abschließend ist festzuhalten: Der Erwerber künftiger Forderungen aus schon bestehenden Schuldverhältnissen ist nur gegenüber § 15 KO geschützt,soweit sich sein Erwerb auf § 161 I S.2 BGB i.V.m.§ 21 I,II KO analog stützen läßt.

---

133)Jaeger KO § 15 Anm.23a, ihm folgend Lent in Jaeger-Lent KO § 15 Anm.23

134)Jaeger KO § 17 Anm.2, § 21 Anm.8; vgl.auch Abgrenzung zum Darlehensvorvertrag bei Böhle-Stamschräder KO § 17 Anm.2

3. Verpfändungsanzeige gem.§ 1280 BGB

Sämtliche Ausführungen im Rahmen der Vorausabtretung gelten grundsätzlich auch für die Verpfändung künftiger Forderungen.[135] Auch hier entsteht das Pfandrecht gem.§§ 1273,1279 ff.BGB erst mit der Begründung der Forderung.[136] Zusätzlich gilt es jedoch,die Vorschrift des § 1280 BGB zu beachten.Danach ist - anders als bei der einfachen Abtretung - die Verpfändungsanzeige des Gläubigers an den Schuldner erforderlich.Wenn dieses wesentliche Tatbestandsmerkmal im Zeitpunkt der Konkurseröffnung fehlt,so scheitert die Verpfändung nach allgemeiner Meinung[137] an § 15 KO.Soweit Verpfändungseinigung und Anzeige bereits vor Konkursbeginn liegen, ist dem zukünftigen Pfandgläubiger eine konkursfeste Anwartschaft nur zuzubilligen,wenn die engen Voraussetzungen der §§ 161 I S.2 BGB i.V.m. 21 I,II KO analog vorliegen.[138]

4. Zusammenfassung

Grundsätzlich scheitern Vorausabtretung und Verpfändung künftiger Forderungen an § 15 KO,wenn die Ansprüche erst nach Konkurseröffnung entstehen.Das gilt jedoch nicht,falls die betreffenden Forderungen der Konkursmasse nicht zuzurechnen sind,wie im Fall des § 46 KO. Ein konkursfestes Anwartschaftsrecht,das sich auch gegenüber § 15 KO durchsetzt,ist nur in den Fällen anzuerkennen,in denen Konkursmasse und Konkursverwalter an bereits bestehende Schuldverhältnisse gebunden bleiben. Hauptbeispiel dafür ist § 21 I KO.Ein Gegenschluß aus § 21 II KO ergibt dann die Konkursbeständigkeit der Vorausverfügungen.Der Erwerb dringt analog § 161 I S.2 BGB i.V.m.§ 21 I,II KO gegenüber § 15 KO durch.Bei der Verpfändung ist zusätzlich auf die Anzeige gem. § 1280 zu achten,die vor Konkurseröffnung erfolgt sein muß.

---

135)nicht zu verwechseln mit der Verpfändung gem.§ 1204 II BGB; vgl.dazu oben S.140 ff.

136)vgl.Palandt-Degenhart § 1273 Anm.1c m.w.N.

137)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.19; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.9; RGZ 79,307,309

138)vgl.dazu Einzelheiten oben S.156,157

IV. Erwerb des Fruchtziehungsberechtigten (§§ 953 ff. BGB)

Bisher wurde, soweit ersichtlich, im Rahmen des § 15 KO nur der Fruchterwerb gem. § 956 BGB diskutiert.[139] Wir wollen jedoch in diesem Zusammenhang auf sämtliche Regelungen in den §§ 953 ff. BGB eingehen.

1. Erwerb gem. § 953 BGB

Nach dem Grundsatz des § 953 BGB gehören nach der Trennung Erzeugnisse und sonstige Bestandteile einer Sache dem Eigentümer der Sache. Hier kommt nicht etwa Neuerwerb des Gemeinschuldners in Betracht. Mit dem Stammrecht fallen auch alle Früchte und Nutzungen in die Konkursmasse, die es während des Konkurses abwirft.[140] Das ist unproblematisch, Schwierigkeiten hinsichtlich § 15 KO ergeben sich nicht.

2. Erwerb gem. § 954 BGB

Der dinglich Nutzungsberechtigte erwirbt gem. § 954 BGB das Eigentum an den Erzeugnissen und Bestandteilen mit der Trennung. Hier könnte man an einen Konflikt mit § 15 KO denken, falls die Trennung erst nach Konkurseröffnung erfolgt. Wesentlich ist aber allein, daß die dingliche Nutzungsbefugnis selbst bereits bei Konkursbeginn besteht.[141] Dann hat der Nutzungsberechtigte - zum Beispiel als Nießbraucher (§ 1030 BGB), als Nutzungspfandgläubiger (§ 1213 BGB) oder Inhaber einer Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) - ein Aussonderungsrecht gem. § 43 KO.[142] Gegenstand dieses Aussonderungsanspruchs ist das dingliche Recht selbst, nicht etwa die Sache oder das Recht, auf dem das dingliche Recht lastet.[143] Diese dinglichen Nutzungsrechte sind die bereits bei Konkurseröffnung "dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstände" im Sinne des

---

139) vgl. Medicus Jus 67, 385 ff. und Diederichsen-Gursky Fall 11

140) Jaeger-Lent KO § 1 Anm. 60; Jaeger Lehrbuch S. 92

141) Jaeger-Lent KO § 15 Anm. 15

142) Jaeger-Lent KO § 43 Anm. 26; Mentzel-Kuhn KO § 43 Anm. 58

143) RGZ 98, 145; Mentzel-Kuhn aa O.

§ 43 KO.Sie fallen daher nicht in die Konkursmasse,[144] so daß auch kein Problem hinsichtlich § 15 KO entstehen kann.Die Geltendmachung des Aussonderungsrechts erfolgt außerhalb des Konkursverfahrens.[145] Auch die Trennung der Erzeugnisse scheitert daher nicht an § 15 KO,wenn das dingliche Nutzungsrecht schon im Zeitpunkt der Konkurseröffnung besteht.

Selbst nach Konkursbeginn ist unter Umständen noch der Erwerb einer dinglichen Nutzungsbefugnis möglich,aber nur soweit die Gutglaubensvorschriften auch gegenüber § 15 KO anwendbar sind.[146] Die wirksame Bestellung eines Nießbrauchs durch einen nichtberechtigten Dritten (vgl.§ 1032 BGB) bleibt beispielsweise von § 15 KO unberührt.[147] Die Konkursmasse wäre in diesem Fall auf Ansprüche gegen den Dritten gem.§ 816 I S.1 BGB und gegen den Nießbraucher gem.§ 1039 BGB (Übermaßfrüchte) beschränkt.

3. Erwerb gem.§ 955 BGB

§ 955 BGB behandelt den Fruchterwerb des vermeintlichen Eigentümers (§ 955 I) und des vermeintlichen Nutzungsberechtigten (§ 955 II).

a)Ein Aussonderungsrecht steht weder dem gutgläubigen Eigenbesitzer noch dem redlichen Nutzungsbesitzer zu. Nach dem Grundsatz des § 953 BGB gehören die Früchte zur Konkursmasse.[148] Deshalb widerspricht ein Eigentumserwerb durch Trennung der Früchte regelmäßig § 15 KO. Auf eine konkursfeste Position,vergleichbar mit den in der zweiten Stufe erörterten Tatbeständen (z.B. gem. § 161 I S.2 BGB)[149],können sich die Eigen- und Nutzungsbesitzer nicht berufen.Vielmehr läßt sich die nur

---

144)vgl.RGZ aaO.

145)Böhle-Stamschräder KO § 43 Anm.15

146)zum gutgläubigen Direkterwerb s.oben S.52-56, zum redlichen Erwerb vom nichtberechtigten Dritten s.oben S.106-114

147)vgl.oben S.108

148)s.oben S.159

149)vgl.oben S.60-66

"gewisse Erwerbsaussicht" spätestens mit der Kenntnisgabe vom Konkursbeschlag über die Muttersache zerstören.

b)Dennoch ist damit noch nicht gesagt,daß § 15 KO in jedem Fall eingreift.Immerhin haben die obigen[150] Untersuchungen gezeigt,daß selbst der gutgläubige Eigentumserwerber trotz § 15 KO im Bereich des Liegenschaftsrechts und auch des Fahrnisrechts in gewissen engen Grenzen geschützt ist.Daher sind die Hintergründe des Gutglaubensschutzes in § 955 BGB näher zu erörtern.

aa)Grundlage des Fruchterwerbs ist der gutgläubige Eigen- bzw. Nutzungsbesitz.Dabei verlangt § 955 BGB,anders als die §§ 932 ff.BGB,nur redliches Vertrauen auf die eigene Rechtsstellung ebenso wie § 990 BGB.[151] Lediglich der bösgläubige Besitzer hat gem.§§ 990,987 BGB alle Nutzungen herauszugeben.Gegen den Gutgläubigen hingegen besteht nur ein Anspruch auf die Übermaßfrüchte gem.§ 993 I BGB,es sei denn,er hat den Besitz unentgeltlich erlangt (§ 988 BGB).[152] Diese Bestimmungen zeigen,daß der Eigentumserwerb des § 955 BGB kein endgültiger sein soll.[153] Nicht äußere Zuordnungsgesichtspunkte,wie beispielsweise beim Erwerb gem.§§ 946 ff.BGB (Grundsatz des § 93 BGB)[154],geben hier den Ausschlag,sondern allein die individuelle Schutzwürdigkeit des Erwerbers.Der gutgläubige entgeltliche Eigen-bzw. Nutzungsbesitzer soll,wenn schon nicht der Rechtserwerb an der Muttersache selbst gelungen ist, wenigstens die ordnungsgemäß gezogenen Früchte behalten.Dieses Produktionsinteresse des Erwerbers ist auch nicht durch übergeordnete Wertungen des Gesetzgebers, wie zum Beispiel im Fall des § 950 BGB[155],gedeckt. Schließlich stützt sich der Fruchterwerb auch nicht

---

150)vgl.Nachweise in Fn.146

151)Soergel-Mühl § 955 Bem.3,4; Baur § 53e IV 2

152)Einzelheiten zu diesen Ansprüchen bei Palandt-Degenhart Vorb.3 vor § 953

153)Medicus § 23 V 3

154)vgl.oben S.94

155)vgl.oben S.96,97

auf das Vertrauens- und Rechtsscheinsprinzip,sowie auf das Prinzip der Sicherheit des Rechtsverkehrs wie in den Regelungen der §§ 932 ff.BGB.[156] Den Interessen der Konkursgläubiger steht also lediglich das Einzelinteresse des Fruchterwerbers gegenüber.Das aber muß zugunsten der Konkursgläubigerschaft zurücktreten, so daß § 15 KO eingreift.Dabei gehen wir davon aus, daß der Eigenbesitzer seinen Besitz direkt vom Gemeinschuldner ableitet,während die Eigentumsübertragung der Muttersache zwischen Gemeinschuldner und gutgläubigem Besitzer fehlerhaft war und gescheitert ist.Dies ist auch der in § 955 BGB vorgesehene Regelfall.[157]

bb)Es fragt sich jedoch,ob § 15 KO auch entgegensteht, falls die fehlgeschlagene Verfügung eines Dritten vorliegt,die allein an einem Übertragungsfehler im Verhältnis des nichtberechtigten Dritten zum Erwerber gescheitert ist.Immerhin bleibt,wie oben[158] erörtert,ein gutgläubiger Erwerb von Vollrechten und beschränkten dinglichen Rechten trotz § 15 KO möglich,wenn dieser Erwerb auf einer Verfügung eines Dritten beruht.Man könnte folgern,dann dürfte der Fruchterwerb des gutgläubigen Eigen- bzw. Nutzungsbesitzers erst recht nicht an § 15 KO scheitern,falls jener seinen Besitz von einem Dritten ableitet.

aaa)Dem könnte man entgegenhalten,die beiden Erwerbstatbestände seien nicht vergleichbar.Das zeige sich besonders bei der Redlichkeit des Fruchterwerbers,die sich - anders als in den §§ 932 ff.BGB - nur auf seine eigene Position,nicht aber auf die Berechtigung des Verfügenden beziehe.[159]

Jedoch läßt sich das in § 955 BGB fehlende Rechtsscheinsprinzip nur damit erklären,daß im Regelfall des § 955 BGB der Verfügende auch der Rechtsinhaber ist.[160]

---

156)vgl.Soergel-Mühl § 955 Bem.3,4; Baur § 53e IV 2

157)vgl.Baur § 53e VI 1b a.E.

158)oben S.106-114

159)vgl.Soergel-Mühl aaO; Baur § 53e IV 2

160)Baur § 53e VI 1b

Ist aber der Verfügende,wie im hier zu behandelnden Ausnahmefall,selbst nicht der Rechtsinhaber,sondern ein nichtberechtigter Dritter,so bietet sich wohl eine Parallele zum gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten an.In diesem Fall kann man schon den Rechtsscheinsgedanken mit heranziehen.Auch im noch zu erörternden § 957 BGB,der den gutgläubigen Aneignungsberechtigten bei der Gestattung durch den Nichtberechtigten schützt,spielt der Besitz des Verfügenden als Rechtsscheinstatbestand ähnlich wie in den §§ 932 ff. BGB eine entscheidende Rolle.[161]

bbb)Außerdem muß nach ganz herrschender Meinung[162] sogar derjenige den Fruchterwerb gem.§ 955 BGB hinnehmen,dem die Muttersache gestohlen wurde (§ 935 BGB).Nur bei Sachbestandteilen,nicht aber bei Früchten,kann § 935 BGB eingreifen.Die Begründung,Sachfrüchte seien neue Sachen[163],kann allerdings im Hinblick auf § 15 KO nicht gelten.Denn hier kommt es allein darauf an,daß die Früchte der Konkursmasse gebühren.[164] Es bliebe jedoch im Ergebnis unbefriedigend,wenn die Konkursmasse beim Fahrniserwerb in dritter Hand grundsätzlich schlechter[165],beim Fruchtwerb Dritter aber besser als der Bestohlene stehen würde.

ccc)Schließlich ist nicht einzusehen,warum die Konkursmasse aus einem Übertragungsfehler,der lediglich im Verhältnis des Nichtberechtigten zum Erwerber liegt, profitieren soll.Ohne diesen Mangel hätte § 15 KO ja

---

161)vgl.Baur § 53e VI 1b,der wohl auch eine Anlehnung an § 957 BGB befürwortet,wenn nicht der Regelfall des § 955 BGB vorliegt.

162)Westermann § 57 II 3c; Staudinger-Berg § 957 Anm.2; Medicus § 23 V 3; Baur § 53e IV 2,4; Soergel-Mühl § 955 Bem.5; RGRK-Johannsen § 955 Anm.4 --- a.A. Wolff-Raiser § 77 III 4, IV 5c

163)Staudinger-Berg aaO.

164)vgl.oben S.159

165)Erwerb von Fahrnis gegenüber dem Bestohlenen scheitert immer an § 935 BGB.Hingegen ist Dritterwerb beweglicher Sachen gegenüber der Konkursmasse durchaus möglich,vgl.oben S.108-114

sogar den Erwerb der Muttersache selbst nicht vereiteln können.[166]

Aus diesen Gründen neigen wir dazu, den Fruchterwerb gem. § 955 BGB zuzulassen, falls der Erwerber seine vermeintliche Berechtigung von einem nichtberechtigten Dritten gutgläubig ableitet.

c) Abschließend sind die Ansprüche zugunsten der Konkursmasse zu untersuchen:

aa) Im Regelfall des § 955 BGB, in dem die Masse gem. § 15 KO geschützt ist, kann der Konkursverwalter sämtliche Früchte gem. § 985 BGB herausverlangen ebenso wie die Muttersache selbst.

bb) Im zuletzt erörterten Ausnahmefall darf der gutgläubige entgeltliche Erwerber die ordnungsgemäß gezogenen Früchte behalten. Die Übermaßfrüchte hat er gem. § 993 I BGB herauszugeben. Bei unentgeltlichem Erwerb kann der Konkursverwalter gem. § 988 BGB (entspricht § 816 I S.2 BGB) alle Früchte herausverlangen.[167]

cc) Nach der Parallele zum gutgläubigen entgeltlichen Dritterwerb und dem Vergleich mit § 957 BGB bietet es sich an, § 816 I S.1 BGB zugunsten der Konkursmasse gegenüber dem verfügenden Dritten entsprechend anzuwenden. Die Masse darf nicht schlechter stehen, als wenn sie das Eigentum an der Muttersache selbst verloren hätte. Dann aber könnte der Konkursverwalter gem. § 816 I S.1 BGB nach herrschender Meinung[168] nicht nur den Wert der Sache, sondern das gesamte durch die Verfügung erlangte Entgelt herausverlangen. Hier ist ein entsprechender Anspruch gem. § 816 I BGB jedoch nur sinnvoll, falls der Wert der Muttersache, die gem. § 985 BGB herauszugeben ist, nicht mehr dem Betrag des an den Dritten gezahlten Entgelts entspricht. Ein solcher Wertverlust wird aber regelmäßig nur eintreten, wenn Über-

---

166) vgl. Einzelheiten oben S.108-114

167) vgl. oben S.161

168) BGHZ 29,157; RGZ 138,45; Palandt-Thomas § 816 Anm.5b m.w.N. -- a.A. von Caemmerer JR 59,462; Soergel-Mühl § 816 Bem.12

maßfrüchte gezogen wurden.Über diese rechnet der Konkursverwalter mit dem Fruchtzieher ab (§ 993 I BGB).Der Anspruch aus § 816 I BGB ist nur dann angebracht,falls der Wert der Muttersache ausnahmsweise bei ordnungsgemäßer Fruchtziehung gesunken ist.Dann ist der Masse nicht allein mit der Herausgabe der Muttersache gedient.In diesem nur sehr seltenen Fall muß sie das Recht haben,auf die Muttersache zu verzichten und die gezahlte Vergütung vom Dritten herauszufordern.Sollte jener lediglich ein Entgelt für die Gestattung der Nutzung (§ 955 II BGB) erhalten haben, so ist dieses dem Konkursverwalter analog § 816 I S.1 BGB herauszugeben.Daneben bliebe noch der Anspruch auf Herausgabe der Muttersache gem.§ 985 BGB.
Somit ist die Konkursmasse,die den Verlust der ordnungsgemäß gezogenen Früchte ausnahmsweise hinnehmen muß,gegen eine entsprechende Werteinbuße geschützt.

d)Zusammenfassend ist festzustellen:
Im Regelfall des § 955 BGB,in dem die fehlgeschlagene Eigentums- oder Nutzungsübetragung direkt die Beziehung zum Rechtsinhaber - hier also zum Gemeinschuldner- trifft,scheitert der Fruchterwerb an § 15 KO.
Leitet jedoch der Fruchterwerber ausnahmsweise seine vermeintliche Berechtigung von einem Dritten ab,so kann § 15 KO nicht eingreifen.Der gutgläubige entgeltliche Erwerber hat nur die Übermaßfrüchte gem.§ 993 I BGB herauszugeben.Die ordnungsgemäß gezogenen Früchte darf er behalten.In diesem Fall bleibt dem Konkursverwalter die Möglichkeit,zugunsten der Konkursmasse analog § 816 I S.1 BGB gegen den verfügenden Dritten vorzugehen.

4. Erwerb gem.§ 956 BGB

Gemäß § 956 BGB kann der persönliche Aneignungsberechtigte das Eigentum an Erzeugnissen oder sonstigen Bestandteilen einer Sache erwerben.Dabei ist zu unterscheiden,je nachdem ob die Aneignungsgestattung ohne Besitzüberlassung (§ 956 I S.1 2.Alt.) oder mit Besitzüberlassung (§ 956 I S.1 1.Alt.) der Muttersache erfolgte.Im ersten Fall erwirbt der Berechtigte mit der Besitzergreifung,im zweiten Fall erst mit der Trennung.Probleme hinsichtlich § 15 KO tauchen im Konkurs des gestattenden Eigentümers auf.[169)]

a) Gestattung ohne Besitzüberlassung

Nach der Entscheidung des BGH[170)] im sog.Erntefall dürfte der Streit um diese Alternative des § 956 BGB wenigstens im Ergebnis beigelegt sein.Die herrschende Lehre[171)] und der BGH[172)] stimmen darin überein,daß der Erwerb des Aneignungsberechtigten,dem noch nicht der Besitz der Muttersache überlassen war,im Konkurs des Eigentümers scheitern muß.Allerdings wird in der BGH-Entscheidung nicht ganz klar,woran der Erwerb scheitern soll.Der BGH erwähnt § 15 KO nur kurz am Rande.In erster Linie erörtert er die Frage,ob die Verfügungsbefugnis des Eigentümers auch noch im Zeitpunkt der Besitzerlangung des Erwerbers vorliegen muß.Dieses Problem verbinden viele im Rahmen des § 956 BGB mit dem Streit zwischen Aneignungs- und Übertragungstheorie.[173)] Das Gericht folgt der überwiegenden Meinung[174)],die Verfügungsbefugnis

---

169)ausführliche Abhandlungen s.Fn.139

170)BGHZ 27,360 ff.; besprochen von Medicus Jus 67,385 ff.

171)Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.9d, § 7 Anm.18; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.4; Medicus aaO.; Baur § 53e V 2c bb); RGRK-Johannsen § 956 Anm.3; Palandt-Degenhart § 956 Anm.3; Erman-Hefermehl § 956 Anm.1b; Soergel-Mühl § 956 Bem.2-5

172)BGHZ 27,360,368

173)vgl.Medicus aaO.S.390 Fn.37 m.w.N.

174)Baur § 53e V 2c bb); Wolff-Raiser § 57 III 2c; Soergel-Mühl § 956 Bem.2,3; RGRK-Johannsen aaO.; Palandt-Degenhart aaO. --- a.A.Westermann § 57 III 2c; Planck-Brodmann § 956 Bem.2

müsse noch beim Abschluß des Erwerbstatbestandes vorliegen.Daher sei ein wirksamer Erwerb im Konkurs des Eigentümers nicht möglich.[175] Vorher soll dem Berechtigten auch keine Anwartschaft zustehen.

Diese wohl nicht mehr bestrittene Lösung können wir mit § 7 oder § 15 KO rechtfertigen.[176] Entscheidend ist hier die Bedeutung des § 7 KO gerade als Folge des § 6 KO,der den Entzug der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis regelt.Daher scheitert der Erwerb schon an § 7 KO.[177] Wer mit Westermann[178] die Verfügungsbefugnis im Zeitpunkt der Erwerbsvollendung nicht mehr für erforderlich hält,muß § 15 KO anwenden.[179] Zu einem anderen Ergebnis käme man nur,wenn man wie Biermann[180] meint,der Erwerbsberechtigte habe eine dingliche Rechtsposition bereits mit der Aneignungsgestattung.Dieser Ansicht widerspricht aber die Regelung des § 956 I S.2 BGB,wonach der Konkursverwalter die Gestattung jederzeit widerrufen kann.[181] Eine konkursfeste dingliche Rechtsposition ist folglich gerade nicht gegeben,ebensowenig wie ein konkurssicheres Anwartschaftsrecht.[182] Der Erwerb scheitert also regelmäßig schon an § 7 KO,zumindest aber an § 15 KO.

---

175)BGHZ 27,368

176)zur Abgrenzung beider Vorschriften s.oben S.20-24

177)Ungenau sind deshalb Diederichsen-Gursky S.78,79, wenn sie sogar für die Anhänger der Übertragungstheorie folgern,der Erwerb verstoße gegen § 15 KO. Auch sie selbst müssen bereits § 7 KO anwenden,da sie die Verfügungsmacht des Gestattenden noch bei Abschluß des Erwerbstatbestandes fordern (S.83).

178)Westermann § 57 III 2c

179)Diese Folgerung dürfte auch Westermann ziehen,der sich mit dem Konkursfall nicht ausdrücklich auseinandersetzt.Immerhin wird aber in § 57 III 2d deutlich,daß er dem Recht des Erwerbsberechtigten keine absolute Wirkung zuerkennt.

180)Biermann § 956 Anm.3

181)vgl.BGHZ 27,367,368; Diederichsen-Gursky S,81 Fn.22 m.w.N.; Medicus aaO.S.391

182)Auch Westermann und Erman-Hefermehl sind da nicht etwa anderer Ansicht,vgl.Westermann § 57 III 2d und Erman-Hefermehl § 956 Anm.1b

b) Gestattung mit Besitzüberlassung

In der eben genannten BGH-Entscheidung[183] fehlt eine Stellungnahme zur 1.Alternative des § 956 I S.1 BGB. Für den Fall,daß dem Erwerber bereits der Besitz an der Muttersache überlassen war,ließ der BGH ausdrücklich offen[184],ob dem Berechtigten ein konkursfestes Anwartschaftsrecht zukommt. Nach heute überwiegender Meinung[185] ist der Erwerb dann konkursbeständig,wenn der Konkursverwalter an die Gestattung des Gemeinschuldners gebunden ist und nicht gem.§ 956 I S.2 BGB widerrufen kann.Eine solche Bindung des Verwalters kommt in den Fällen des § 21 I KO (Miete,Pacht) und bei Erfüllungswahl gem.§ 17 KO in Betracht.[186]

Medicus[187] versucht zudem,die Konkursfestigkeit mit einer Analogie zu § 161 I S.2 BGB[188] zu begründen. Gerade das ist unseres Erachtens der treffende Ansatzpunkt,um ein Durchdringen des Erwerbs auch gegenüber § 15 KO zu rechtfertigen.Dabei darf man jedoch nicht übersehen,daß allein die Regelung des § 956 I S.2 BGB,die den Widerruf der Gestattung ausschließt,für diese Analogie noch nicht ausreicht.Im Konkurs des Eigentümers ist zusätzlich die Norm mit heranzuziehen, aus der sich die Bindung des Verwalters an die Gestattungsverpflichtung des Gemeinschuldners ergibt,in erster Linie also § 21 I KO.[189] Folglich ist die Anwartschaft des Fruchtziehungsberechtigten dann konkursfest,wenn sie sich auf § 161 I S.2 BGB i.V.m. §§ 956 I S.2 BGB, 21 I KO analog stützen läßt.

---

183)BGHZ 27,360 ff.(367)

184)BGHZ 27,367

185)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.13a[7]; ebenso schon Jaeger KO § 15 Anm.15; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.4; Baur § 53e 2c cc); Palandt-Degenhart § 956 Anm.2; -- a.A. Biermann § 956 Anm.3; Planck-Brodmann § 956 Anm.3 vor b

186)Jaeger aaO.; Jaeger-Lent aaO.; Baur aaO.; Palandt-Degenhart aaO.

187)Medicus Jus 67,392

188)Einzelheiten zu § 161 I S.2 BGB oben S.60-66

189)vgl.dazu schon oben S.156,157

Wählt der Konkursverwalter gem.§ 17 KO Erfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtung,so benötigen wir nicht die Bestimmung des § 161 I S.2 BGB.In diesem Fall dringt der Erwerb schon nach den oben erörterten Grundsätzen der §§ 6,17 ff.KO[190] und 57 ff. KO[191] gegenüber der Schranke des § 15 KO durch.

In allen anderen Fällen reicht die Gestattung des Fruchterwerbs allein nicht,um dem Erwerber eine auch gegenüber § 15 KO sichere Position zu verleihen.Die schuldrechtliche Natur des zugrundeliegenden Vertrages verhindert eine absolute Wirkung der Erwerbsaussicht.[192] Der Fruchterwerb gem.§ 956 I S.1 1.Alt. BGB scheitert also grundsätzlich im Konkurs des Eigentümers.Das gilt jedoch nicht,wenn der Konkursverwalter gem.§ 17 KO Erfüllung wählt oder gem.§ 21 I KO an die Gestattung gebunden ist.In letzterem Fall hat der Erwerber ein konkursfestes Anwartschaftsrecht analog § 161 I S.2 BGB i.V.m. §§ 956 I S.2 BGB,21 I KO.

5. Erwerb gem.§ 957 BGB

a)§ 957 BGB regelt den Fall,daß ein Nichtberechtigter einem anderen die Aneignung gestattet.Die Vorschrift ergänzt den eben erörterten § 956 BGB,ebenso wie die §§ 932 ff.BGB die §§ 929 ff.BGB vervollständigen.[193] Der gutgläubige Aneignungsberechtigte erwirbt gem. § 957 BGB Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile der Muttersache.Dies geschieht nach ganz herrschender Meinung[194] allerdings nur,falls sich der nichtberechtigte Gestattende im Besitz der Sache befindet.Darin erhält

---

190)s.oben S.45

191)s.oben S.47,48

192)so auch Westermann § 57 III 2d,den man deshalb wohl kaum zu den Gegnern dieser Lösung zählen kann. Eine wirklich abweichende Meinung vertreten nur Biermann aaO. und Planck-Brodmann aaO.

193)Soergel-Kühl § 957 Bem.1; auch schon Heck,Sachenrecht § 63.7

194)RGZ 108,271; RGRK-Johannsen § 957 Anm.2; Palandt-Degenhart § 957 Anm.1; Erman-Hefermehl § 957 Anm.1; -- einschränkend Westermann § 57 III 4b

der gute Glaube des Gestattungsempfängers seine Rechtfertigung.Anders als im Regelfall des § 955 BGB ist hier also der Rechtsscheinsgedanke,ähnlich wie in den §§ 932 ff.BGB,maßgebend.[195)]

b)Im Konkurs des Eigentümers und wahren Berechtigten bietet sich demnach eine Gleichbehandlung mit dem gutgläubigen Erwerb vom nichtberechtigten Dritten an. Dieser ist,wie oben[196)] erläutert,sowohl im Liegenschaftsrecht als auch im Fahrnisrecht gegenüber § 15 KO uneingeschränkt möglich.Daher darf auch ein Erwerb gem.§ 957 BGB,der sich auf die Aneignungsgestattung eines besitzenden nichtberechtigten Dritten stützt,nicht an § 15 KO scheitern.

Der Konkursverwalter kann sich allerdings gem.§ 816 I S.1 BGB an den Gestattenden halten,denn die Aneignungsgestattung ist eine Verfügung.[197)] Daneben steht ihm zugunsten der Konkursmasse noch der Anspruch auf Herausgabe der Muttersache gem.§ 985 BGB zu.Bei unentgeltlicher Aneignungsgestattung verdient der gutgläubige Erwerber keinen Schutz.Ist er im Besitz der Muttersache,so hat er die Früchte gem.§ 988 BGB herauszugeben.Ansonsten kann der Konkursverwalter gem.§ 816 I S.2 BGB vorgehen.

V. Blankoabtretung und Blankoverpfändung

Sehr unterschiedlich sind die Meinungen gerade hinsichtlich § 15 KO in den Fällen der sog. Blankoabtretung und Blankoverpfändung.Hierbei übergibt der spätere Gemeinschuldner ein mit seinem Namen unterzeichnetes Abtretungs- bzw. Verpfändungsformular,in dem noch nicht der neue Gläubiger genannt ist (Blankoformular),dem Empfänger.Dieser hat die Befugnis,durch

---

195)Baur § 53e VI 1b; Soergel-Mühl aaO.; vgl.oben S.161

196)oben S.106-114

197)Baur § 53e V 2c; Westermann § 57 III 2d; Soergel-Mühl § 956 Bem.3

Ergänzung der Urkunde sich selbst oder einen Dritten zum neuen Gläubiger zu bestimmen.Ein solcher Fall ist beispielsweise denkbar,wenn ein Grundschuldgläubiger einen Käufer seiner Grundschuld sucht und zu diesem Zweck einen Makler einschaltet.[198] Probleme mit § 15 KO können sich ergeben,falls der Erwerber das Formular erst nach Konkurseröffnung ausfüllt.Dabei ist im folgenden nicht nur die Blankozession von Grundpfandrechten,sondern auch die einfacher Forderungen zu erörtern.Denn auch Aktivforderungen sind "Gegenstände der Konkursmasse" im Sinne des § 15 KO.[199]

1. Blankoabtretung und Blankoverpfändung von Grundpfandrechten

a)Nach Mentzel-Kuhn[200] entsteht bei der Verpfändung einer Hypothek kein Konflikt mit § 15 KO,wenn der Gläubiger das Formular erst nach Konkursbeginn ausfüllt.Dabei beruft man sich jedoch auf eine überholte Entscheidung des Reichsgerichts[201],wonach das Pfandrecht bereits vor Konkurseröffnung (ex tunc) entstanden sei. Nach Jaeger[202] wird eine Blankoabtretung durch nachträgliches Ausfüllen des Erwerbers nicht rückwirkend wirksam,so daß im Konkurs des Ausstellers § 15 KO eingreift.Eine Blankoverpfändung dagegen soll bereits wirksam sein,wenn der Gläubiger neben dem Verpfändungsblankett auch den Brief erhalten hat.Lent[203] übernimmt die Ansicht Jaegers zur Abtretung,läßt aber die Erörterung der Verpfändung ersatzlos weg.Demnach bleibt bei Mentzel-Kuhn ungeklärt,ob man auch die Blankoabtretung ebenso wie die Blankoverpfändung für konkursfest hält.Bei Jaeger-Lent hingegen bleibt offen,ob neben der Blankoabtretung auch die Blankoverpfändung an § 15 KO scheitern soll.

---

198)vgl.Anm.Reinhard zu RG JW 1930,61

199)vgl.oben S.11

200)Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.9

201)RGZ 58,169; vgl.dagegen BGHZ 22,132

202)Jaeger KO § 15 Anm.16

203)Lent in Jaeger-Lent KO § 15 Anm.16

b)Um diese Probleme hinsichtlich § 15 KO zu lösen, müssen wir zunächst klären,ob Blankoverfügungen zulässig sind und in welchem Zeitpunkt sie wirksam werden.Früher stand das RG der Zulässigkeit einer Blankoabtretung zunächst ganz abweisend gegenüber[204], während es später zumindest das nachträgliche Ausfüllen der Abtretungsurkunde zuließ.[205] Die Blankoverpfändung dagegen hielt man grundsätzlich für zulässig.[206] Dabei sollte die Ausfüllung der Verpfändungserklärung sogar auf den Zeitpunkt zurückwirken, in dem das Formular übergeben wurde.[207]

Diese Unterscheidung zwischen Abtretung und Verpfändung findet sich jetzt noch im Reichsgerichtsräte-Kommentar bei Schuster.[208] Nach heute ganz herrschender Auffassung[209] sind dagegen sowohl Blankoverpfändung als auch Blankoabtretung zulässig.Sie werden aber erst mit dem Ausfüllen des Blanketts wirksam,und zwar ohne Rückbeziehung.[210] Im Konkurs des Ausstellers würde danach das abgetretene oder verpfändete Recht zunächst in die Konkursmasse fallen.[211] Folglich ist § 15 KO seinem Wortlaut nach anwendbar.

---

204)RGZ 63,230 ff.(234),wonach sogar die nachträgliche Ausfüllung unzulässig ist; ebenso Biermann § 1154 Anm.1a

205)RG JW 1930,61; zustimmend Reinhard aaO.

206)RGZ 78,30; a.A.Biermann § 1154 Anm.7 -- Nähere Begründung für die Unterscheidung: Grundschuldbriefe sollten nicht die Bedeutung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber annehmen.Diese Gefahr bestehe aber nicht bei einer Verpfändung (vgl.Mot.III S.783; Prot.III S.651,713 f.; Reinhard JW 1930,61; RGZ 78,30).

207)RGZ 58,169(171)

208)RGRK-Schuster § 1274 Anm.3

209)BGHZ 22,128 ff.,dazu Thieme MDR 57,216; Staudinger-Scherübl § 1154 Anm.35, Staudinger-Spreng § 1274 Anm.8b; Palandt-Degenhart § 1154 Anm.3b, § 1274 Anm.1a; Soergel-Baur § 1154 Anm.11,12; Erman-Westermann § 1154 Anm.5; Westermann § 104 II 1; Baur § 38 II 1

210)a.A.Flume AT II § 15 II 1e

211)a.A.Flume aaO.

c)Das Hauptproblem liegt demnach im Bereich der zweiten Stufe und gipfelt in der Frage:Ist die Position des Erwerbers im Zeitpunkt der Konkurseröffnung schon konkursfest?

Immerhin erscheint der Erwerber,der das Abtretungs- bzw. Verpfändungsblankett nebst Brief bereits vor Konkursbeginn erhalten hat,schutzwürdig.Denn es liegt nur noch an ihm selbst,die Urkunde durch Einsetzen seines Namens zu vervollständigen.So genießt er auch Schutz gem.§§ 1134,1135 BGB.[212] Westermann[213] bezeichnet die gem.§§ 823 II,1134,1135 BGB geschützte Position sogar als "Anwartschaft".Jedoch allein mit diesem Begriff läßt sich nichts im Hinblick auf § 15 KO ableiten. Vielmehr ist eine Vorschrift zu suchen,aus der sich die Konkursbeständigkeit der Erwerbsposition gegenüber § 15 KO selbst ergibt.[214]

aa)Man könnte an die Regelung des § 161 I S.2 BGB denken.Eine direkte Anwendung kommt nicht in Betracht. Denn bei der Ausfüllung der Urkunde handelt es sich nicht um eine echte Bedingung,sondern nur um einen gem. § 1154 I BGB erforderlichen Teil des Erwerbstatbestandes.Diese sog.Rechtsbedingung hängt jedoch allein von einer Rechtshandlung des Erwerbers ab.Daher ist zu prüfen,ob § 161 I S.2 BGB hier vielleicht analog anwendbar ist.[215]

Hier fehlt ein Element des Erwerbstatbestandes selbst. Dieses soll auch von Gesetzes wegen nicht lediglich als zusätzliches Erfordernis gelten,wie zum Beispiel die Genehmigung oder anderweitige Mitwirkung Dritter.Schon das spricht gegen einen Vergleich mit den §§ 158 ff.BGB. Zudem ist eine eindeutige "Dokumentation"[216] der Abtretungsvorgänge besonders im Liegenschaftsrecht unbedingt

---

212)Erman-Westermann § 1154 Anm.5; Palandt-Degenhart § 1154 Anm.3b; vgl.auch schon RG JW 1936,3234

213)Erman-Westermann aaO.

214)vgl.schon Kritik oben S.66 und bei Medicus Jus 67,392

215)gegen Analogie bei Rechtsbedingungen grundsätzlich Palandt-Heinrichs Vorb.2 vor § 158 m.w.N.---Dennoch soll uns das von einem Vergleich nicht abhalten.

216)Baur § 38 II 1

erforderlich.Wenn schon,wie bei Briefpfandrechten,die Grundbucheintragung durch die schriftliche Abtretungserklärung ersetzbar ist,so muß der Abtretungsvorgang wenigstens dort einwandfrei festgehalten sein.Von Parteiabreden ist dieses sachenrechtliche Publikationserfordernis weder abhängig noch zu beeinflussen.Aus diesem Grunde darf man das Ausfüllen der Abtretungsurkunde nicht mit einer echten Bedingung gleichsetzen, die ja gerade auf Parteivereinbarung beruht.Der hier vorliegende Fall ist eher vergleichbar mit dem Fall,in dem der Erwerber eine gem.§ 873 II BGB bindende Einigung bzw. Eintragungsbewilligung in Händen hat,aber noch nicht den Eintragungsantrag gestellt hat.Auch da kann sich der Berechtigte nicht auf § 161 I S.2 BGB berufen.Sein Erwerb scheitert im Konkurs an § 15 KO.[217]

bb)Um dieses Ergebnis zu stützen,können wir auch auf die heute allgemein anerkannte rechtliche Konstruktion der Blankoverpfändung und Blankoabtretung hinweisen: In der Übergabe des Blanketts soll regelmäßig eine Ermächtigung durch den Aussteller liegen.[218] Diese sieht man entweder als Bevollmächtigung im Sinne der §§ 164 ff. BGB[219] oder als Einwilligung gem.§ 185 I BGB[220] an.Die Vollmacht erlischt,auch wenn sie unwiderruflich sein sollte,schon gem.§ 23 I KO mit der Konkurseröffnung.[221] Der Ausfüllende würde dann als Vertreter ohne Vertretungsmacht handeln,die §§ 177 ff.BGB wären anwendbar. Zur Genehmigung gem.§ 177 I BGB wäre nur noch der Konkursverwalter befugt (§ 6 KO).[222] Selbst wenn die Vollmacht als fortbestehend gelten sollte - zum Beispiel,weil der Bevollmächtigte keine Kenntnis von der Konkurseröffnung hatte oder haben konnte (§ 23 I S.2 KO

---

217)vgl.Einzelheiten oben S.155

218)so BGHZ 22,128; Baur § 38 II 1; Westermann § 104 II 1; Palandt-Degenhart § 1154 Anm.3b

219)so BGHZ 22,133; Thieme MDR 57,216; Westermann aaO.

220)so RGRK-Löscher § 398 Anm.13 m.w.N.; Baumgärtel DNotZ 57,652 ff.

221)Böhle-Stamschräder KO § 23 Anm.8

222)Jaeger KO § 23 Anm.10; Mentzel-Kuhn KO § 23 Anm.6; Böhle-Stamschräder KO § 23 Anm.9

i.V.m.§§ 674,168 BGB) - ,so würde § 7 KO eingreifen und den wirksamen Erwerb vereiteln.[223] Auch in diesem Fall wäre der Erwerber ohne die Genehmigung des Konkursverwalters schutzlos.

Stützt sich der Empfänger auf eine Einwilligung des Gemeinschuldners (§ 185 I BGB),so ist ebenfalls § 23 KO anwendbar.Zur Wirksamkeit des Erwerbs wäre auch hier die Zustimmung des Konkursverwalters erforderlich,zumindest aber eine nachträgliche Genehmigung (vgl.§ 185 II S.1 1.Alt.BGB).Also geben selbst diese formalen Konstruktionen der Blankoverfügung nichts her,was auf eine konkursfeste Position des Berechtigten schließen lassen könnte.

cc)Ein entsprechend § 161 I S.2 BGB konkursfestes Anwartschaftsrecht ist dem Empfänger einer Blnkoabtretung oder Blankoverpfändung nicht gegeben.Andere Regelungen,auf die sich der Erwerber gegenüber § 15 KO berufen könnte,sind nicht ersichtlich.Folglich muß § 15 KO eingreifen,soweit der Erwerb nicht schon aus einem der anderen genannten Gründe scheitert.

d)Wird der ausfüllende Urkundenempfänger als Bevollmächtigter des Gemeinschuldners in dessen Namen tätig, dann ist die Konkursmasse gem.§ 7 KO geschützt.Erlischt die Vollmacht schon vorher wegen § 23 KO,so sind die §§ 177-179 BGB anwendbar.Handelt der Empfänger dagegen in eigenem Namen und endet seine Befugnis nicht bereits gem. § 23 KO,dann greift § 15 KO ein.

Gutgläubiger Direkterwerb des neuen Gläubigers ist zwar grundsätzlich gem.§ 7 I 2.Hs. bzw. § 15 S.2 KO i.V.m. §§ 892,1155 BGB möglich[224],dürfte aber in aller Regel am Konkursvermerk im Grundbuch scheitern.Wenn sich der ermächtigte Empfänger der Urkunde selbst einträgt und dann zugunsten eines Dritten weiterverfügt,stehen zwar

---

223)Jaeger-Lent KO § 7 Anm.5 § 23 Anm.12; Mentzel-Kuhn KO § 23 Anm.5; Böhle-Stamschräder KO § 23 Anm.9

224)vgl.oben S.52,53

§ 7 KO und § 15 KO nicht entgegen[225], es dürften aber die Voraussetzungen des § 1155 BGB kaum vorliegen. Der Verfügende müßte eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung des Gemeinschuldners vorweisen, die privatschriftliche Erklärung allein reicht nicht.[226] Die Konkursmasse ist also gegen einen Verlust des Grundpfandrechts durch nachträgliches Ausfüllen der Abtretungsurkunde in aller Regel hinreichend geschützt.

2. Blankoabtretung und Blankoverpfändung von einfachen Forderungen

a) Während bei der Abtretung gewöhnlicher Forderungen ein schlichter Abtretungsvertrag ausreicht (§ 398 BGB), ist bei der Verpfändung zusätzlich gem. § 1280 BGB eine Anzeige an den Schuldner erforderlich. Das gilt auch, wenn für die Forderung eine Schuldurkunde existiert, wie zum Beispiel ein Sparkassenbuch.[227] Fehlt dieses wesentliche Tatbestandselement[228] im Zeitpunkt der Konkurseröffnung, so kann die Verpfändung nicht mehr wirksam werden. Sie würde schon aus diesem Grunde an § 15 KO scheitern.[229] Ist aber - wie bei der Blankoverpfändung - der neue Pfandgläubiger noch nicht in der Verpfändungsurkunde eingetragen, so dürfte regelmäßig auch die Verpfändunganzeige des Gemeinschuldners noch fehlen. Daher können wir uns im folgenden auf die Erörterung der Blankoabtretung beschränken.

b) Zunächst gilt es, die Blankoabtretung vom sog. Wechselblankett und Blankoakzept abzugrenzen. Jene wechselmäßigen Verpflichtungen der Konkursmasse können gem. § 67 KO, der im Gegensatz zu § 161 I S.2 BGB auch Rechtsbedingungen erfaßt[230], noch nach Konkursbeginn

---

225) vgl. oben S.106,107; auch Mentzel-Kuhn KO § 23 Anm.12

226) Palandt-Degenhart § 1155 Anm.3

227) RGZ 124,230; Palandt-Degenhart § 1280 Anm.1

228) Palandt-Degenhaet § 1280 Anm.2; RGZ 79,307

229) vgl. Jaeger-Lent KO § 15 Anm.19; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.9; RGZ 79,307(309)

230) s. oben S.61

entstehen.[231] Hierbei handelt es sich jedoch wie bei allen Tatbeständen,die gem.§ 67 KO in Ausnahme zu § 3 KO noch nachträglich wirksam werden,lediglich um Konkursforderungen.[232] Gegenstand der Blankoabtretung hingegen sind Aktivforderungen der Masse,die auf einen neuen Gläubiger übergehen sollen.Aus der Konkursbeständigkeit eines Blankoakzepts kann man daher im Hinblick auf die Blankozession keine Schlüsse ziehen.

c)Gegen die Zulässigkeit einer Blankoabtretung von einfachen Forderungen bestehen keine Bedenken.[233] Umstritten ist aber der Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit.

aa)Im Gegensatz zu der Abtretung von Grundpfandrechten stellt hier die überwiegende Meinung in der Literatur nicht erst auf das Ausfüllen der Urkunde,sondern bereits auf den Zeitpunkt der Übergabe ab.Das allein entspreche dem Parteiwillen.[234] Zur Begründung dieses Ergebnisses werden die verschiedensten rechtlichen Konstruktionen angeboten:

aaa)Den einfachsten Weg beschreiten Esser und Flume.[235] Sie lehnen alle komplizierten Theorien ab und sehen den Zwischenzessionar grundsätzlich bereits selbst als Rechtsnachfolger des Zedenten an.Die Blankozession sei eine echte Zession an den Blankozessionar,die Ausfüllung der Urkunde bloß eine Formalie.[236] Im Unterschied zu Esser sollen nach Flume Einreden des Schuldners aus dem Verhältnis zum Blankoempfänger einem weiteren Zessionar dann nicht entgegenstehen,wenn der Blankozessionar das Recht weiterüberträgt,ohne seinen Namen in die Urkunde einzusetzen.[237] So erreicht auch Flume den

---

231)Jaeger-Lent KO § 3 Anm.20; Mentzel-Kuhn KO § 3 Anm.30

232)vgl.oben S.61

233)Soergel-Schmidt § 398 Anm.3 m.w.N.

234)Esser § 55 II 5; Soergel-Schmidt aaO.; Enneccerus-Lehmann § 78 II 5

235)Esser aaO.; Flume AT II § 15 II 1e; ebenso Dohm WM 1973,886; ähnlich Erman-Westermann § 398 Anm.I 3

236)so Flume aaO.

237)Flume aaO.

eigentlichen Hauptzweck der Blankozession:Sie soll vermeiden,daß infolge der Weiterübertragung zusätzliche persönliche Einreden und Einwendungen des Schuldners entstehen.

bbb)Nach Dölle[238] ist mit der Abtretung zunächst eine "subjektlose" Forderung vorhanden.Über diese könne der Empfänger der Urkunde zugunsten seiner selbst oder zugunsten eines Dritten verfügen.

ccc)Andere[239] wollen dem Urkundenempfänger ein Gestaltungsrecht einräumen.Durch dessen Ausübung (Ausfüllen der Urkunde) werde der Bestimmte rückwirkend Neugläubiger.

ddd)Schließlich ist noch eine weitere Meinung[240] verbreitet: Der Urkundsempfänger trete im Rahmen des Abtretungsvertrages bereits als noch vollmachtloser Stellvertreter des noch unbekannten Dritten auf.Dessen Genehmigung wirke auf den Vertragsschluß zurück (§ 184 I BGB).Da der Empfänger aber auch sich selbst benennen könne,sei die Abtretung einmal bedingt an ihn und einmal bedingt an den Dritten erfolgt.[241]

bb)Nur wenige Autoren[242] halten dagegen allein den Zeitpunkt der Urkundenausfüllung für maßgeblich,und zwar ohne Rückwirkung.Dabei berufen sie sich auf die schon erwähnten Entscheidungen des RG[243] und BGH.[244] Diese Entscheidungen betreffen aber lediglich die Blankoverfügung über Grundpfandrechte.In dieser Hinsicht werden sie auch von den anderen Stimmen in der

---

238)Dölle in Festschrift für M.Wolff S.23 ff.

239)Ennecerus-Lehmann § 78 II 5; Palandt-Heinrichs § 398 Anm.1b

240)Soergel-Schmidt § 398 Anm.3; Blomeyer in Festschrift für Rabel S.329 ff.;auch schon Planck-Siber § 398 Anm.3

241)so Blomeyer aaO.S.329; Soergel-Schmidt aaO.

242)Larenz I § 34 I Fn.1; RGRK-Löscher § 398 Anm.13

243)RGZ 63,234; vgl. oben S.172

244)BGHZ 22,128,132; vgl.oben S.172

Literatur begrüßt.[245] Daraus kann man jedoch nichts für die Beurteilung einer Blankoabtretung von einfachen Forderungen ableiten. Denn diese Zession bedarf im Gegensatz zu der von Grundpfandrechten nicht der Schriftform. Die Ausstellung und Ausfüllung der Abtretungsurkunde ist lediglich ein zusätzliches Erfordernis, welches auf Parteivereinbarung beruht. Die strengen Maßstäbe der Rechtsprechung sind hier also nicht anwendbar. Daher wollen wir diesen Autoren nicht folgen.

cc) Zunächst bleibt festzuhalten: Die Forderung scheidet mit der Blankozession direkt oder rückwirkend aus dem Vermögen des Zedenten aus. Streitig innerhalb der zu Recht ganz überwiegenden Meinung ist die Stellung des Zwischenzessionars und die rechtliche Einordnung seiner Befugnisse.

d) Eine Entscheidung zugunsten einer der genannten Konstruktionen erübrigt sich, wenn die Zession in jedem Fall im Konkurs des Zedenten gegenüber § 15 KO durchdringen würde.

aa) Folgt man Esser und Flume[246], die auf eine Rückwirkungsfiktion verzichten und die Forderung sofort auf den Urkundsempfänger übergehen lassen, so ist § 15 KO bereits seinem Wortlaut nach nicht anwendbar. Die Forderung ist nicht "Gegenstand der Konkursmasse".

bb) Nimmt man mit Dölle[247] eine subjektlose Forderung an, so gehört diese ebenfalls nicht mehr zum Vermögen des Zedenten und damit nicht zur Konkursmasse.

cc) Räumt man dem Urkundsempfänger ein Gestaltungsrecht ein[248], so darf man nicht, wie einige meinen[249], eine

---

245) vgl. Esser aaO.; Soergel-Schmidt aaO.; weiterhin oben S. 172 Fn. 209; a.A. nur Flume aaO.

246) s. oben S. 177 Fn. 235

247) s. oben S. 178 Fn. 238

248) s. oben S. 178 Fn. 239

249) Das RG wollte die Grundsätze des Wechselblanketts auf die Blankoverpfändung übertragen (BdR 58, 169, 171). Bei Ennecerus-Lehmann (§ 78 II 5) findet sich ein Vergleich zum Blankoakzept.

Parallele zum Blankoakzept oder Wechselblankett ziehen.[250] Aber es bietet sich ein Vergleich mit der sog. Potestativbedingung an,die gem.§ 161 I S.2 BGB noch nach Konkurseröffnung trotz § 15 KO zur Vollendung des Rechtserwerbs führt.[251] Nach den in diesem Zusammenhang grundlegenden Ausführungen bei Ennecerus-Lehmann[252] ist der Zessionsvertrag selbst vollendet,seine Wirkung aber noch in der Schwebe. Der Eintritt der Wirksamkeit hängt lediglich vom Willen des Urkundsempfängers ab.Dieser selbst ist nicht mehr vom Zedenten abhängig.Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied gegenüber der "Ermächtigungskonstruktion"[253],die allgemein im Rahmen der Blankoverfügung über Grundpfandrechte vertreten wird.Auch ist das noch ausstehende Ausfüllen der Urkunde nicht, wie bei den Grundpfandrechten,ein Tatbestandselement, sondern allein eine auf Parteivereinbarung beruhende Wirksamkeitsvoraussetzung.Die Parteien haben bei der Abtretung einfacher Forderungen keinerlei Dokumentationserfordernisse zu erfüllen.Aus diesen Gründen sind auch die Bedenken,die wir bei der Abtretung von Grundpfandrechten gegen eine entsprechende Anwendung der §§ 158 ff.(161 I S.2) BGB vorgetragen haben[254], gegenstandslos.

Die Rückwirkung,die man in diesem Zusammenhang der Ausübung des Gestaltungsrechts beimessen will[255], ist nicht erforderlich,um die Konkursbeständigkeit gem.§ 161 I S.2 BGB zu begründen.Man kann allerdings, um der Konstruktion auch in diesem Punkt zu entsprechen,auf § 159 BGB verweisen.Danach bleibt es den Parteien überlassen,die Rechtsfolgen des Bedingungseintritts zurückzubeziehen.Somit kann der Erwerb auch nach dieser Theorie nicht an § 15 KO scheitern.

---

250)vgl.Abgrenzung oben S.176,177

251)s.oben S.60-66

252)Ennecerus-Lehmann § 78 II 5

253)s.oben S.174 (Fn.218,219,220)

254)s.Bedenken oben S.173,174

255)Ennecerus-Lehmann aaO.; Palandt-Heinrichs aaO.

dd)Sieht man schließlich den Urkundsempfänger als vollmachtlosen Stellvertreter des noch unbekannten Dritten an und läßt man dessen Genehmigung gem.§ 184 I BGB zurückwirken[256], so kann § 15 KO ebenfalls nicht entgegenstehen.Wie oben[257] erläutert,hält die Rückwirkungsfiktion des § 184 I BGB auch gegenüber der Schranke des § 15 KO stand.Das ergibt sich aus § 184 II BGB durch Gegenschluß.[258] Setzt sich der Urkundsempfänger selbst als Erwerber ein,so ist der Rechtserwerb wie im Fall einer Potestativbedingung gem.§ 161 I S.2 BGB auch gegenüber § 15 KO abgesichert.[259]

ee)Nach allen angebotenen Konstruktionen wird folglich die Blankoabtretung von einfachen Forderungen im Konkurs des Zedenten wirksam,ohne daß § 15 KO dies vereiteln kann.Daher erübrigt sich eine Entscheidung zugunsten einer dieser Theorien.§ 15 KO steht in keinem Fall entgegen.

3. Zusammenfassung

Der entscheidende Unterschied zwischen der Übertragung von Grundpfandrechten und der einfacher Forderungen besteht im Erfordernis der Schriftform.Im ersten Fall gehört das Ausfüllen der Abtretungsurkunde zum Abtretungstatbestand selbst (§ 1154 BGB).Die Dokumentation kann aus Gründen der Rechtssicherheit,die gerade im Grundstücksrecht unbedingt erforderlich ist, nicht Parteivereinbarungen unterworfen sein.Dagegen beruht die Schriftlichkeit im Rahmen des § 398 BGB allein auf dem Willen der Beteiligten.Aus diesem Grunde darf man die nachträgliche Ergänzung der Blankourkunde auch nicht in beiden Fällen gleich werten. Weder kann man sich im Rahmen der Forderungsabtretung auf die Grundsätze berufen,welche die Rechtsprechung

---

256)s.oben S.178 Fn.240

257)oben S.131-136

258)vgl.oben S.133

259)s.oben S.60-66 und speziell hier die entsprechenden Ausführungen auf S.180

zur Blankoübertragung von Grundpfandrechten entwikkelt hat[260]; noch kann man umgekehrt verfahren und alle Blankoübertragungen gleich einer einfachen Forderungsabtretung behandeln.[261]

Eine Blankoabtretung oder Blankoverpfändung von Grundpfandrechten wird im Konkurs des Zedenten nicht mehr wirksam. Dabei kommt § 15 KO nur als Auffangtatbestand in Betracht. Die Erwerbsvollendung scheitert meistens bereits an § 23 I S.2 KO i.V.m. § 177 I BGB oder an § 7 KO, falls die Befugnis des Ermächtigten ausnahmsweise gem. § 23 I S.2 KO i.V.m. §§ 674, 168 BGB bestehen bleibt. § 15 KO greift nur ein, wenn der Berechtigte in eigenem Namen handelt, ohne daß seine Ermächtigung bereits gem. § 23 I KO erloschen ist.
Eine Blankoabtretung von einfachen Forderungen hingegen bleibt vom Konkurs des Zedenten unberührt.
Eine Blankoverpfändung einfacher Forderungen scheitert jedoch regelmäßig wegen der noch fehlenden Anzeige gem. § 1280 BGB an § 15 KO.

VI. Eigentumserwerb des Finders (§ 973 BGB)

1. Meinungsstand

Zu den in der konkursrechtlichen Literatur umstrittensten Problemen hinsichtlich § 15 KO gehört der Eigentumserwerb des Finders gem. § 973 BGB. Jaeger[262] und Lent[263] halten den Erwerb für zulässig, allerdings mit verschiedenen Argumenten. Jaeger meint, der Erwerbsvorgang diene ebenso wie bei den Tatbeständen der §§ 946 ff. BGB und der Ersitzung dem Prinzip der Verkehrssicherheit. Daher müsse er auch gegenüber § 15 KO durchdringen. Lent räumt dem Finder sogar eine "dingliche Anwartschaft" ein. Auf der Gegenseite meinen Mentzel[264]

---

260) so zu Unrecht Larenz aaO. und RGRK-Löscher aaO.

261) so jedoch Flume aaO, der übersieht, daß die Eintragung gem. § 1154 BGB nicht bloß eine "Formalie" ist.

262) Jaeger Lehrbuch S.61,62, KO § 15 Anm.11

263) Lent in Jaeger-Lent KO § 15 Anm.9^3

264) Mentzel KO § 15 Anm.7

und (ihm folgend) Kuhn[265] ohne nähere Begründung, der Funderwerb scheitere an § 15 KO.

2. Stellungnahme

a) Bevor wir auf die genannten Argumente eingehen, gilt es zunächst zu fragen, ob § 15 KO überhaupt seinem Wortlaut nach anwendbar ist. Immerhin gibt es mehrere Stimmen[266] in der Literatur, die den Eigentumserwerb des Finders auf den Zeitpunkt der Inbesitznahme zurückbeziehen wollen. Die ganz überwiegende Meinung[267] hält dagegen den Zeitpunkt des Ablaufs der Jahresfrist für maßgeblich. Jedoch ändert, wie oben[268] erläutert, auch eine Rückwirkungsfiktion nichts am Zeitpunkt der Erwerbsvollendung selbst. Den Kausalverlauf vermag sie nicht zu beeinflussen. Eine weitere Erörterung in diesem Zusammenhang erübrigt sich demnach. Fällt der Ablauf der Jahresfrist in die Zeit nach Konkursbeginn, so greift § 15 KO seinem Wortlaut nach ein.

b) Im folgenden ist die Rechtsposition des Finders zu untersuchen. Dabei wollen wir prüfen, ob er sich auf gesetzliche Vorschriften stützen kann, die seinen Erwerb nach Konkurseröffnung auch gegenüber der Schranke des § 15 KO ermöglichen.

aa) Hierzu gehören auch Regelungen, die im Interesse des Erwerbers eine Rückbeziehung anordnen. Daher ist jetzt auf die schon angedeutete Rückwirkungsproblematik des § 973 BGB kurz einzugehen. Eine Rückwirkung kann allerdings im Hinblick auf § 15 KO nur bedeutsam sein, wenn sie sich ausdrücklich aus gesetzlichen Bestimmungen ergibt, die selbst konkursbeständig sind.[269]

---

265) Kuhn in Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm. 9d

266) Staudinger-Berg § 973 Anm. 3c; RGRK-Johannsen § 973 Anm. 5; Biermann § 973 Anm. 5

267) Palandt-Degenhart § 973 Anm. 1; Erman-Hefermehl § 973 Anm. 1; Wolff-Raiser § 82 VII 1; Westermann § 59 II 5a; Soergel-Mühl § 973 Anm. 1; Baur § 53g IV 2; auch schon Planck-Brodmann § 973 Anm. 2

268) oben S. 36

269) vgl. z. B. die §§ 142 und 184 BGB oben S. 131-139

Diejenigen[270], die eine Rückbeziehung beim Erwerb gem.§ 973 BGB vertreten, berufen sich darauf, der Fund sei als eine Art Aneignung zu betrachten. Daher liege der entscheidende Zeitpunkt in der Inbesitznahme.[271] Zudem sei die Rückwirkung notwendig, um dem Finder die Nutzungen zu gewähren.[272]

Die Frage, ob dem Finder die Nutzungen nicht auch ohne Rückwirkungsfiktion gebühren[273], mag dahinstehen. Jedenfalls läßt sich mit diesem Argument allein keine konkursbeständige Rückbeziehung begründen. Das gleiche gilt von der sog. "Aneignung", auch dieser Begriff gibt für sich allein nichts her. Die Streitfrage kann damit letztlich offen bleiben. Denn den genannten strengen Anforderungen im Hinblick auf § 15 KO ist auch nicht Genüge getan, wenn man mit der Mindermeinung einen rückwirkenden Erwerb vertritt.

bb) Dem Finder könnte aber, wie Lent[274] meint, ein "dingliches Anwartschaftsrecht" zustehen. Auch zahlreiche andere Autoren gebrauchen Begriffe wie "Anwartschaftsrecht"[275] und "Eigentumsanwartschaft".[276] Allein aus diesen Bezeichnungen läßt sich jedoch hinsichtlich § 15 KO nichts ableiten. Das "Anwartschaftsrecht" des Finders kann erst dann konkursfest sein, wenn es sich auf gesetzliche Bestimmungen gründen läßt, die ihrerseits selbst wenigstens in entsprechender Anwendung auch gegenüber § 15 KO durchdringen.

In Betracht kommt hier nur die Regelung des § 161 I S.2 BGB.[277] Diese setzt allerdings eine Position des Erwerbers voraus, die vom Rechtsinhaber und dessen

---

270) s.Fn.266

271) Staudinger-Berg aaO.; RGRK-Johannsen aaO.

272) so Staudinger-Berg aaO. und Biermann aaO.

273) so Westermann § 59 II 5a und Soergel-Mühl § 973 Anm.1

274) Lent in Jaeger-Lent KO § 15 Anm.9^3; vgl.oben S.182

275) so Erman-Hefermehl aaO. und Staudinger-Berg aaO.

276) so Wolff-Raiser § 82 VII 3 (aber einschränkend in § 2 II 3 Anm.11) und Heck § 65 1,2

277) Einzelheiten zu § 161 I S.2 BGB s.oben S.60-66

Konkursverwalter nicht zu beeinträchtigen ist.Der Eigentumserwerb des Finders aber bleibt bis zum Ablauf der Jahresfrist unsicher.Die Erwerbsaussicht läßt sich ohne weiteres durch die Verlustanzeige des "Verlierers" bei einer Polizeibehörde vereiteln (vgl. § 973 I S.1 BGB).Diese Rechtsstellung des Finders ist daher keineswegs mit der eines gem.§ 161 I S.2 BGB Berechtigten vergleichbar.Folglich kann sich der Finder vor Ablauf der Frist nicht auf ein konkursfestes Anwartschaftsrecht analog § 161 I S.2 BGB stützen.[278)]

c)Damit ist aber noch nicht gesagt,daß der Erwerb des Finders an § 15 KO scheitern muß.Immerhin gibt es,wie oben[279)] in der dritten Stufe erörtert,zahlreiche Tatbestände,die sich dennoch gegenüber § 15 KO durchsetzen.Sei es,daß sie durch das gegenüber den Konkursgläubigern vorrangige Interesse der Öffentlichkeit gedeckt sind,wie zum Beispiel bei der Enteignung[280)]; sei es,daß unabdingbare Rechtsgrundsätze den Ausschlag geben,wie beispielsweise das Prinzip des § 93 BGB im Rahmen der §§ 946 ff.BGB.[281)]

aa)Vor einem Vergleich mit einem oder mehreren dieser Tatbestände ist zunächst auf Sinn und Hintergrund des Funderwerbs einzugehen: Der Zustand,in dem sich die verlorene Sache befindet,ist in praktischer und auch rechtlicher Hinsicht unbefriedigend.Während die Sache praktisch aus dem Verkehr gezogen ist und für einen unbekannten Empfangsberechtigten verwahrt wird,ist die Rechtslage offen und gerade im Hinblick auf die sachenrechtliche Zuordnung unübersichtlich.Die Sache ist

---

278)Zu Recht unterscheidet Mühl daher diese Anwartschaft von einer "qualifizierten Anwartschaft" wie beim Eigentumsvorbehaltskauf (Soergel-Mühl aaO). Eine ähnliche Schwäche der Position deuten auch Begriffe an wie "bloße Erwerbsaussicht" (Raiser, Dingliche Anwartschaften S.13),"Aussicht auf Eigentumserwerb" (Westermann aaO.) und "schwächere Anwartschaft" (Palandt-Degenhart aaO.).

279)s.oben S.79-130

280)vgl.oben S.120

281)vgl.oben S.94,87

zwar nicht rechtlich,aber doch tatsächlich herrenlos.[282] Es besteht demnach nicht nur ein praktisches, sondern auch ein dringendes rechtliches Bedürfnis, diesen Zustand zu beenden.[283] Dem dient die Vorschrift des § 973 BGB.Durch die Neuregelung der Eigentumslage soll die äußere Zuordnung bereinigt,die dingliche Rechtslage geklärt[284] und die Sache dem Rechtsleben wieder zugeführt werden.[285] Dabei ist jedoch keine Verschiebung der Vermögenswerte[286] vorgesehen,wie der Bereicherungsanspruch des § 977 BGB zeigt.Einen inneren Rechtsgrund für den Erwerb liefert der § 973 BGB nicht.[287] Hier zeigt sich,daß die Regelung des § 973 BGB lediglich dem allgemeinen Interesse an einer Klärung der äußeren Zuordnung dient,nicht aber dem Privatinteresse des Finders."Finden lohnt sich nicht".[288]

bb)Nach dem Gesagten läßt sich der Funderwerb durchaus mit dem Eigentumserwerb gem.§§ 946 ff.BGB vergleichen.Auch dort erfordern sachenrechtliche Prinzipien (§ 93 BGB) eine Klärung und Neuordnung der äußeren Zuordnung.[289] Die innere wertmäßige Zuordnung hingegen bleibt durch den Ausgleichsanspruch des § 951 BGB gewahrt.[290] Ebenso geben die genannten sachenrechtlichen Grundsätze und praktischen Bedürfnisse im Rahmen des § 973 BGB den Ausschlag.Die dadurch erforderliche Neuregelung der Zuordnung kann nicht davon abhängig sein,ob der nicht ermittelte Empfangsberechtigte mittlerweile in Konkurs gefallen ist oder nicht.Aus diesen Gründen darf auch der Erwerb gem. § 973 BGB nicht an § 15 KO scheitern.

---

282)Motive III S.382 ff.

283)Motive III aaO.

284)Soergel-Mühl § 973 Anm.1

285)Westermann § 59 II 5c; Staudinger-Berg § 977 Anm.1

286)RGRK-Johannsen § 977 Anm.1; Soergel-Mühl § 977 Anm.1

287)Henckel,Prozeßrecht S.335; auch schon Motive III S.386

288)Westermann aaO.

289)vgl.oben S.94

290)vgl.oben S.99,100

cc)Wie sehr hier die sachenrechtliche Klärung gegenüber dem Interesse Einzelner - also auch der Konkursgläubiger - Vorrang hat,zeigt auch ein Blick auf die Rechtsposition des Bestohlenen: Wird eine gestohlene Sache vom Dieb weggeworfen,so bleibt dennoch nach allgemeiner Ansicht[291] ein Eigentumserwerb des Finders gem.§ 973 BGB möglich.Wenn sogar der Bestohlene die äußere Neuzuordnung des § 973 BGB hinzunehmen hat, dann muß das erst recht für die Konkursgläubigerschaft gelten.Beim gutgläubigen Erwerb durch Verfügungen Dritter wird der Bestohlene gem.§ 935 BGB sogar mehr geschützt als die Masse,die vor einem solchen Verlust nicht abgesichert ist.[292] Das kann nun beim Funderwerb nicht umgekehrt sein.

d)Der Eigentumserwerb des Finders bleibt also von § 15 KO unberührt.Die Konkursgläubiger müssen sich mit einem Bereicherungsanspruch gem.§ 977 BGB zufrieden geben.Dieser erlischt jedoch nach drei Jahren[293],"damit jeder Ungewißheit ein Ende gemacht werde".[294]

VII. Erwerb durch Ersitzung

1. Ersitzung beweglicher Sachen (§§ 937,1033 BGB)

Gemäß § 937 I BGB erwirbt derjenige,der eine bewegliche Sache zehn Jahre in Eigenbesitz hat,das Eigentum.Das gilt nicht,wenn er beim Erwerb des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder wenn er erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht (§ 937 II BGB).Entsprechend kann man gem.§ 1033 BGB auch den Nießbrauch an einer Sache ersitzen.Gilt das auch im Konkurs des Eigentümers,oder steht § 15 KO entgegen?

---

291)Palandt-Degenhart Vorb.1a vor § 965; RGRK-Johannsen § 965 Anm.8; Wolf,Sachenrecht S.120

292)vgl.oben S.108-114

293)Ausschlußfrist,vgl.RGRK-Johannsen § 977 Anm.2; Westermann § 59 II 5c; Palandt-Degenhart § 977 Anm.1

294)Motive III S.386

a)Die heute herrschende Meinung[295] in der konkursrechtlichen Literatur läßt den Erwerb an § 15 KO scheitern.Die früher besonders von Jaeger[296],aber auch schon von Hellmann[297] vertretene Gegenmeinung findet sich jetzt noch bei de Boor-Erkel.[298] Sogar schon in den Protokollen[299] zu § 15 KO trat die Absicht hervor,wenigstens die bereits vor Konkurseröffnung begonnene Ersitzung gegenüber § 15 KO durchdringen zu lassen.

aa)Eine Begründung für die heute herrschende Meinung gibt Lent[300],dem sich Kuhn[301] und Böhle-Stamschräder[302] anschließen: Der Verstoß gegen § 15 KO,und damit das Scheitern im Konkurs,sei gerechtfertigt,weil kein zwingender Grund - wie bei der Verbindung und Vermischung - eine Ausnahme erfordere und zudem auch eine gesicherte Anwartschaft nicht gegeben sei.[303]

bb)Auf der Gegenseite meint Hellmann[304]: Mit der Schranke des § 15 KO werde ein Unterbrechungsgrund eingeführt,den das BGB nicht kenne. Das Institut der Ersitzung sei im BGB erschöpfend geregelt.Außerdem schalte man den § 945 BGB ohne ersichtlichen Grund aus.Jaeger,der bereits selbst diesen Argumenten Hellmanns entgegentritt[305],hält den Ersitzungserwerb aus Gründen der Rechtssicherheit[306] und Verkehrssicherheit[307] für wirksam.Dabei verweist er auf den

---

295)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.9[3]; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.9d; Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.6

296)Jaeger Lehrbuch S.62, KO § 15 Anm.11

297)Hellmann S.242

298)de Boor-Erkel S.167

299)Protokolle VI S.757,758; vgl.auch oben S.9

300)Lent in Jaeger-Lent aaO.

301)Kuhn in Mentzel-Kuhn aaO.

302)Böhle-Stamschräder aaO.

303)Jaeger-Lent aaO.

304)Hellmann aaO.

305)Jaeger KO § 15 Anm.11

306)Jaeger KO § 15 Anm.11

307)Jaeger Lehrbuch S.61,62

Funderwerb und den Erwerb gem.§§ 946 ff.BGB[308], die ebenfalls gegenüber § 15 KO durchdringen.[309] Die Konkursmasse habe ja die Möglichkeit einer Ersitzungsunterbrechung gem.§ 941 BGB.[310] Bei de Boor-Erkel[311] findet sich auch der Vergleich mit den §§ 946 ff.BGB. Die Ersitzung habe den Zweck, sachenrechtliche Klärung zu schaffen und müsse daher trotz § 15 KO wirksam sein.

b)Bevor wir auf die genannten Argumente eingehen, ist kurz darauf hinzuweisen, daß § 15 KO seinem Wortlaut nach anwendbar ist. Auch kann sich der Ersitzende nicht auf eine konkursbeständige Anwartschaft berufen[312], wie zum Beispiel in den Fällen des § 161 I S.2 BGB oder anderer vergleichbarer Regelungen.[313] Die eigentliche Auseinandersetzung dreht sich dann praktisch nur noch um die Frage: Dringt der Ersitzungserwerb aus gleichen oder ähnlichen Gründen wie der Funderwerb und die Tatbestände der §§ 946 ff.BGB gegenüber § 15 KO durch[314], oder sind solche zwingenden Gründe nicht ersichtlich?[315]

aa)Vor einem Vergleich ist zunächst auf Sinn und Hintergrund des Ersitzungserwerbs einzugehen: Die Ersitzung dient mehreren Zwecken. Einmal soll sie ein dauerndes Auseinanderfallen von Besitz und Eigentumslage verhindern, damit die Rechtslage vereinfachen und beruhigen[316], also der Rechtssicherheit dienen.[317] Insoweit ist sie auch mit der Verjährung vergleichbar.[318] Außerdem

---

308)Jaeger Lehrbuch S.61,62

309)s.oben S.93 ff. und S.182 ff.

310)Jaeger KO § 15 Anm.11

311)de Boor-Erkel S.167

312)vgl.auch Raiser S.14 und Unger KTS 69,207

313)vgl.oben S.60 ff. und S.77,78

314)so Jaeger Lehrbuch S.61,62, KO § 15 Anm.11 und de Boor-Erkel aaO.

315)so Jaeger-Lent KO § 15 Anm.9[3], Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.9d und Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.6

316)Westermann § 51 I 2; Baur § 53h I 3

317)Staudinger-Berg § 937 Anm.4; Esser § 100 III 1c

318)Westermann aaO.; Baur aaO.; Esser aaO.

schützt die Ersitzung die Erwerbsinteressen[319] des gutgläubigen Eigenbesitzers, dessen Beharrungsinteresse[320] und Kontinuitätsinteresse.[321] Damit soll sie den Verkehrsschutz des § 932 BGB ergänzen, und zwar in all den Fällen, in denen der redliche Eigenbesitzer trotz guten Glaubens ausnahmsweise kein Eigentum erwerben würde (vgl. §§ 105 und 935 I BGB).[322]

bb) Zieht man nun einen Vergleich zum Funderwerb und zu den §§ 946 ff. BGB, so ist zunächst festzustellen: Alle Tatbestände dienen der Bereinigung und Klärung der Rechtslage und somit der Rechtssicherheit.[323] In dieser Beziehung bietet sich also schon eine Parallele an. Darüber hinaus aber schützt die Ersitzung auch das Individualinteresse des Ersitzers. Darin unterscheidet sie sich vom Fund und auch von den §§ 946 ff. BGB ganz wesentlich.

aaa) Besonders den Ausgleichsregelungen der §§ 951 und 977 BGB ist zu entnehmen, daß die Erwerbstatbestände der §§ 946 ff. und 973, 974 BGB lediglich der äußeren formalen Zuordnung dienen, ihnen aber ein innerer Rechtsgrund für eine vermögensmäßige Neuzuordnung fehlt.[324] Dagegen gibt es im Ersitzungsrecht keine Ausgleichsregelung. Insofern erfolgt die durch § 937 BGB geschaffene Neuzuordnung mit Rechtsgrund.[325] Hier soll sich also nicht nur die äußere Zuordnung, sondern auch die innere wertmäßige Zuordnung zugunsten des gutgläubigen Eigenbesitzers ändern.

bbb) Man streitet allerdings darüber, ob die innere Rechtfertigung des § 937 BGB auch alle zwischen Voreigentümer

---

319) Westermann aaO.

320) Baur aaO.

321) Heck § 61.1

322) Westermann § 51 I 1; Palandt-Degenhart Vorb.1 vor § 937

323) vgl. zum Funderwerb oben S.185,186 und zum Erwerb gem. §§ 946 ff. BGB oben S.94

324) vgl. Henckel, Prozeßrecht S.335,336

325) Westermann § 51 III 1; Esser § 100 III 1c; Henckel aaO. S.336; auch schon Heck § 61.5

und Eigenbesitzer bestehenden schuldrechtlichen Verhältnisse erfaßt.[326] Nach herrschender Meinung[327] soll die Ersitzung lediglich das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis neu und endgültig regeln,nicht aber Rechtspflichten aufheben,die anderen rechtlichen Beziehungen zwischen beiden entstammen.Daher werden vertragliche Rückgabeansprüche,wie zum Beispiel aus Miete,Leihe oder Verwahrung,durch die Ersitzung nicht beeinflußt.[328] Unberührt bleiben auch Bereicherungsansprüche,die eine zwischen Voreigentümer und Ersitzenden fehlgeschlagene Leistungsbeziehung betreffen.Diese verjähren erst in 30 Jahren.So erstreckt sich die Besitzkondiktion aus § 812 I BGB gem.§ 818 I BGB auf Herausgabe des Eigentums,welches der Besitzer auf Grund seines Eigenbesitzes gem.§ 937 BGB erlangt hat.[329]

Nach der Gegenansicht[330] soll die Rechtsbereinigung des § 937 BGB eine endgültige sein und zur dauernden Beruhigung aller Verhältnisse führen.Dabei lassen aber einige Autoren[331] eine Ausnahme für vertragliche Schadensersatzansprüche zu,während sie Bereicherungsausgleich grundsätzlich ablehnen.Auch die herrschende Meinung[332] gibt dem Voreigentümer keinen Bereicherungsausgleich, wenn der Besitzerwerb des Ersitzenden nicht auf dessen Leistung beruht,also im Fall der sog. Eingriffskondiktion gem.§ 812 I S.1 2.Alt.BGB.Hierin besteht der wesentliche Unterschied zu den Ausgleichsregelungen der

---

326)vgl.zu diesem Streit besonders Westermann § 51 III 2 m.w.N. und für die Gegenseite Erman-Hefermehl § 937 Bem.6 m.w.N.

327)RGZ 130,69; Westermann aaO.; Baur § 53h III 2a

328)Westermann aaO.; Baur aaO.

329)RGZ aaO.; Westermann aaO.; Baur aaO.; Soergel-Mühl § 937 Anm.6; Medicus § 29 II 2b; Wolff-Raiser § 71 IV

330)Erman-Hefermehl aaO.; Staudinger-Berg § 937 Anm.4; Heck § 61.5; Esser § 100 III 1c; Palandt-Degenhart Vorb.1a vor § 937

331)Staudinger-Berg aaO.; Palandt-Degenhart Vorb.1b vor § 937

332)vgl.Baur § 53h III 2b; Henckel aaO.S.336 (Ausnahme nur bei unentgeltl.Erwerb analog § 816 I S.2 BGB)

§§ 951 und 977 BGB,und dieser Unterschied bleibt vom Streit unberührt.

ccc)Bei der Ersitzung besteht also im Gegensatz zum Funderwerb und zum Erwerb gem.§§ 946 ff.BGB ein innerer Rechtsgrund für die wertmäßige Vermögensverschiebung zugunsten des Ersitzenden.Vergleicht man allein die Erwerbsinteressen des Eigenbesitzers mit den durch § 15 KO geschützten Interessen der Konkursgläubiger,so müssen die Konkursgläubiger den Vorrang erhalten.Das zeigt sich auch schon daran,daß die Schranken der §§ 7,15 KO grundsätzlich dem gutgläubigen Fahrniserwerber entgegenstehen.[333] Man könnte daraus folgern,der Ersitzungserwerb scheitere an § 15 KO.

cc)Das ist sicher richtig,wenn man mit der eben dargestellten herrschenden Meinung[334] das individuelle Schutzinteresse des Ersitzenden für ausschlaggebend hält.Nach dieser Ansicht ist demzufolge auch der endgültige Eigentumserwerb von persönlichen Beziehungen bereicherungsrechtlicher oder vertraglicher Art zum Voreigentümer,sowie von der Entgeltlichkeit des Besitzerwerbs (§ 816 I S.2 BGB analog) abhängig.Etwas anderes könnte gelten,wenn man mit der stark vertretenen Gegenmeinung[335] das allgemeine Interesse an Rechtssicherheit und Rechtsfrieden im Vordergrund sieht.Die Anhänger dieser Ansicht lehnen ja deshalb konsequent jeglichen Ausgleich ab und vergleichen die Ersitzungsregelung mit der Verjährung oder dem Ablauf einer Ausschlußfrist.[336]

aaa)Auch diese beiden Institute führen zu einer unabänderlichen Besserstellung der anderen Seite.Das ist

---

333)Das gilt nur dann nicht,wenn der Erwerb auf der Verfügung eines Dritten beruht,vgl.oben S.108-114. Darauf wird auch im Zusammenhang mit dem Problem der Ersitzung noch einzugehen sein.

334)s.Fn.327,328,329 und 332

335)s.Fn.330. Dabei ist Heck (§ 61 1,5) allerdings auszunehmen.Denn er gewährt nur absoluten Schutz,weil er das Kontinuitätsinteresse des Ersitzenden überbetont.

336)vgl.Esser aaO.; s.auch oben S.189

aber nicht ihr eigentlicher Zweck.In erster Linie dienen sie der endgültigen Wahrung des Rechtsfriedens.[337] Das allgemeine Interesse an der Stabilität der einmal bestehenden Rechtslage verdrängt dabei das individuelle Ausgleichsinteresse.[338]

Die Verjährung einer Forderung wird nach ganz herrschender Meinung[339] durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Gläubigers weder unterbrochen noch gehemmt.Lediglich von Zwehl[340] will die Verjährung entsprechend § 203 II BGB (höhere Gewalt) hemmen,um dem Konkursverwalter eine angemessene Frist zur Prüfung der Forderung einzuräumen.Die Konkursmasse muß also grundsätzlich die Verjährung der Forderung hinnehmen,falls der Verwalter nicht rechtzeitig eingreift.Das gleiche gilt für den Ablauf einer Ausschlußfrist.Dafür gibt die Konkursordnung selbst in § 41 I KO (Anfechtungsfrist) ein gutes Beispiel.Dementsprechend könnte sich auch im Rahmen der Ersitzung eine Lösung zum Nachteil der Konkursgläubiger anbieten.

bbb)Selbst wenn man die Ersitzung dem Grundgedanken der Verjährung derart angleicht,so muß sie unseres Erachtens dennoch an § 15 KO scheitern,und zwar wegen des in § 937 II BGB geforderten guten Glaubens.Hier zeigt sich ganz deutlich,daß der Gesetzgeber die Individualinteressen des Eigenbesitzers selbst schützen will.Er nimmt dessen Besserstellung nicht lediglich aus Gründen des Rechtsfriedens und der Stabilität in Kauf.Die Gutgläubigkeit bzw. fehlende spätere Kenntnis vom Mangel ist selbst Voraussetzung des Erwerbs. Darin besteht der entscheidende Unterschied zur Verjährung und zur Ausschlußfrist,deren Ablauf nicht von Bedingungen abhängig ist,die in der Person des Begünstigten liegen.Der Ersitzungserwerb setzt also schon von Rechts wegen die Schutzwürdigkeit des Ersitzers voraus.

---

337)Palandt-Danckelmann Übbl.2 vor § 194

338)Esser § 100 III 1c

339)BGH MDR 63,752; Böhle-Stamschräder KO § 10 Anm.2a, § 108 Anm.6

340)v.Zwehl NJW 64,99 (Anm. zur BGH-Entscheidung,Fn.339)

Diese aber entfällt grundsätzlich,wenn der Eigentümer in Konkurs gefallen ist.Daher scheitert der Erwerb durch Ersitzung regelmäßig an § 15 KO.

dd)Eine Ausnahme ist nach heute einhelliger Meinung[341] zugunsten des gutgläubigen Fahrniserwerbers trotz § 15 KO möglich,wenn dieser von einem nichtberechtigten Dritten erwirbt.Den gleichen Schutz verdient der Ersitzende,falls er seinen Eigenbesitz von einem Dritten ableitet.

aaa)Etwas anderes würde zu widersprüchlichen Ergebnissen führen,wie ein Vergleich der Konkursmasse mit dem Opfer eines Diebes zeigt: Beim gutgläubigen Fahrniserwerb bleibt der Bestohlene gem.§ 935 BGB auch gegenüber Dritterwerbern geschützt,die Ersitzung gem. § 937 BGB jedoch muß er in dritter Hand hinnehmen.Die Konkursmasse hingegen muß bereits den gutgläubigen Dritterwerb gegen sich gelten lassen.[342] Sie steht also in dieser Beziehung schlechter als der Bestohlene.Würde man nun die Ersitzung des Drittbesitzers an § 15 KO scheitern lassen,so stände die Masse plötzlich besser als der Bestohlene.Das aber läßt sich nicht miteinander vereinbaren.

bbb)Zudem ist der Dritterwerber gerade bei der Ersitzung besonders schutzwürdig.Denn sein mangelnder Eigentumserwerb zur Zeit der Inbesitznahme beruht nicht auf einer Beziehung zur Masse,sondern allein auf einem Fehler im Verhältnis zum Vorbesitzer.Ohne diesen Mangel wäre der Ersitzende gleich Eigentümer geworden, ohne daß sich die Konkursmasse auf § 7 oder § 15 KO hätte berufen können.

ccc)Schließlich läßt sich unsere Differenzierung auch noch durch einen Vergleich mit den Anfechtungsregelungen der §§ 29 ff.KO abstützen.Das wissentliche und gewollte Verstreichenlassen der Ersitzungsfrist durch den Gemeinschuldner ist einer Rechtshandlung gem.§ 29

---

341)s.oben S.108-114

342)s.oben S.108-114

KO gleichzusetzen und daher anfechtbar.[343] Die Konkursmasse kann somit, falls auch die weiteren Anfechtungsvoraussetzungen vorliegen, gegenüber dem direkt vom Gemeinschuldner Ersitzenden einen Rückgewähranspruch gem. § 37 KO geltend machen. Beruht der Erwerb des Ersitzenden aber auf einem Verhältnis zu einem Dritten, dessen Erwerb selbst gem. §§ 29 ff. KO anfechtbar war, so kommt ein anfechtungsrechtlicher Rückgewähranspruch gegen diesen Ersitzenden nicht in Betracht. Denn der Dritterwerb anfechtbar veräußerter Gegenstände im Wege der Ersitzung fällt nicht unter § 40 II KO.[344] Folglich ist auch hier der Drittersitzende geschützt.

ee) Zusammenfassend stellen wir fest:
Die Ersitzung verstößt dann nicht gegen § 15 KO, wenn der Ersitzende seinen Eigenbesitz und seinen guten Glauben auf ein Verhältnis zu einem Dritten stützt. Dagegen scheitert die Ersitzung, die auf einer Beziehung zum Gemeinschuldner beruht, an § 15 KO. Dabei ist es unwesentlich, ob der Eigenbesitz vor oder nach Konkurseröffnung begründet wurde.

Die Konkursmasse hat gegen den Eigenbesitzer einen Anspruch aus § 985 BGB. Bei wirksamer Ersitzung des Dritterwerbers steht ihr ein Ausgleichsanspruch gegen den Verfügenden analog § 816 I S.1 BGB[345] zu. Gegen den Ersitzenden kann der Konkursverwalter nur bei unentgeltlichem Besitzerwerb gem. § 816 I S.2 BGB analog[346] vorgehen. Letzteres ist allerdings bestritten.[347]

---

343) Jaeger-Lent KO § 29 Anm.11; Mentzel-Kuhn KO § 29 Anm.6; Böhle-Stamschräder KO § 29 Anm.7

344) Jaeger-Lent KO § 40 Anm.8; Mentzel-Kuhn KO § 40 Anm.5; Böhle-Stamschräder KO § 40 Anm.4

345) Palandt-Thomas § 816 Anm.2c; Esser § 104 II 2a; offengelassen in BGHZ 47,128(131); zweifelnd Medicus § 29 II 2b; Einzelheiten bei Seidel S.59 ff.

346) Henckel, Prozeßrecht S.336; Wolff-Raiser § 71 IV; Westermann § 51 III 2b; auch schon Seidel S.63

347) bestritten von Palandt-Degenhart Vorb.1a vor § 937, Esser § 100 III 1c und Heck § 61.5

2. Ersitzung unbeweglicher Sachen (§ 900 BGB)

Gemäß § 900 I BGB erwirbt derjenige Eigentum,der als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist,ohne es zu sein.Voraussetzung ist,daß die Eintragung 30 Jahre bestanden und er während dieser Zeit das Grundstück in Eigenbesitz gehabt hat.Entsprechendes gilt gem. § 900 II BGB für beschränkte dingliche Rechte,die zum Besitz berechtigen.Im Gegensatz zu der Ersitzung beweglicher Sachen (vgl. § 937 II BGB) ist kein guter Glaube des Eigenbesitzers erforderlich.[348] Außerdem beträgt die Frist nicht 10 Jahre,sondern 30 Jahre, ebenso wie die regelmäßige Verjährungsfrist gem. § 195 BGB.

a)In der konkursrechtlichen Literatur zu § 15 KO spielen diese Unterschiede anscheinend keine Rolle. So erwähnt Lent[349] zwar den § 900 II BGB,verweist aber zugleich auf Anmerkung 9.Dort jedoch behandelt er ausdrücklich nur die Ersitzung gem.§ 937 BGB,die an § 15 KO scheitern soll.Kuhn[350] nennt nur die Ersitzung gem.§ 937 BGB und weist auf Jaeger-Lent Anm.9 hin.Böhle-Stamschräder[351] spricht ohne Differenzierung nur von "Ersitzung" und verweist auf Mentzel-Kuhn und Jaeger-Lent.Diese Autoren bejahen,wie oben erläutert,[352] einen Verstoß gegen § 15 KO.Von denen,die § 15 KO nicht eingreifen lassen[353],erwähnt Jaeger[354] zwar ausdrücklich die Buchersitzung,behandelt sie aber mit der Ersitzung beweglicher Sachen gem.§ 937 BGB gleich.Auch bei de Boor-Erkel[355] findet sich nichts,was auf eine Unterscheidung der Ersitzungstatbestände hindeutet.

---

348)Soergel-Baur § 900; Staudinger-Seufert § 900 Anm.2; Westermann § 86 II 1

349)Lent in Jaeger-Lent KO § 15 Anm.8

350)Kuhn in Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.9d

351)Böhle-Stamschräder KO § 15 Anm.6

352)oben S.188

353)vgl.oben S.188 Fn.296,297,298

354)Jaeger Lehrbuch S.62, KO § 15 Anm.11

355)de Boor-Erkel S.167

b)Wäre es wirklich berechtigt,beide Ersitzungsarten gleichzusetzen,so könnten wir auf die entsprechenden Ausführungen zu § 937 BGB verweisen.Das erscheint uns jedoch im Hinblick auf § 15 KO sehr fraglich.

aa)Bei der Buchersitzung steht nicht,wie bei der Ersitzung gem.§ 937 BGB,das Kontinuitätsinteresse und Schutzinteresse des Ersitzers im Vordergrund.Den Ausschlag gibt vielmehr das Interesse der Allgemeinheit an der Entwertung alter rechtlicher Überreste.[356] Die Bestimmung des § 900 BGB will einen dauernden Zwiespalt zwischen dem Inhalt des Grundbuchs und der wirklichen Rechtslage verhindern.[357] Sie kommt dabei aber dem Eigenbesitzer nicht schon nach 10 Jahren entgegen wie in § 937 BGB,sondern sie läßt zunächst die 30jährige Verjährungsfrist (§ 195 BGB) des Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB[358] verstreichen.[359] Das Eigentumsrecht selbst unterliegt nicht der Verjährung.Es bleibt zwar bestehen,ist aber zum großen Teil seines sachlichen Inhalts beraubt[360] und praktisch wertlos. Dieses rein formelle Fortbestehen des Eigentums (dominium sine re) soll § 900 BGB beseitigen.[361]

Dem dringenden öffentlichen Interesse an Rechtssicherheit gerade hinsichtlich der Grundbucheintragungen steht nun nicht mehr eine schutzwürdige Position des Eigentümers gegenüber.Das ist anders als im Fall des § 937 BGB.Denn dort ist der Herausgabeanspruch des Eigentümers noch nicht verjährt.Da gibt schließlich das individuelle Schutzbedürfnis des Ersitzenden den Aus-

---

356)vgl.Heck § 61.1

357)Erman-Westermann § 900 Anm.1c; Staudinger-Seufert § 901 Anm.1; Wolff-Raiser § 49 I

358)Palandt-Danckelmann § 194 Anm.1c, § 195 Anm.2

359)Im Fall des § 900 BGB ist der Herausgabeanspruch des Eigentümers immer verjährt.Zwar steht § 902 BGB der Verjährung entgegen,falls das Recht eingetragen oder durch Widerspruch gesichert ist, dann aber fehlt es auch an den Voraussetzungen des § 900 BGB selbst.

360)Palandt-Danckelmann § 194 Anm.1c

361)Staudinger-Seufert § 900 Anm.2

schlag.[362] Hier aber kommt es auf die Schutzwürdigkeit des Ersitzenden überhaupt nicht an. Das zeigt sich besonders darin, daß § 900 BGB auf den guten Glauben des Eigenbesitzers im Gegensatz zu § 937 II BGB verzichtet. Selbst derjenige, der genau weiß, daß er nicht Eigentümer ist, kann das Eigentum durch Buchersitzung erwerben.[363] Maßgebend ist also allein die Geringschätzung der dem Eigentümer verbliebenen Rechtsposition.[364]

bb) Im Konkurs des Eigentümers ändert sich nichts. Die Konkursmasse muß, wie oben[365] bereits erwähnt, die Verjährung des Herausgabeanspruchs gem. § 985 BGB hinnehmen. Daher kann es auch hier nicht darauf ankommen, ob der Eigentümer oder sonstige Berechtigte in Konkurs gefallen ist oder nicht. Das allgemeine Interesse, die "durch Anspruchsverjährung lebensunfähigen Rechtskrüppel"[366] zu beseitigen, besteht uneingeschränkt. Ebenso wie bei der Verjährung ist die Tatsache, daß die andere Seite profitiert, demgegenüber nebensächlich. Wenn die Masse die Verjährung ihres Hauptanspruchs aus § 985 BGB nicht verhindert hat, muß sie auch anschließend die Vernichtung der Überreste (juristische Müllabfuhr)[367] gem. § 900 BGB "ertragen".

cc) § 15 KO kann folglich der Buchersitzung gem. § 900 BGB nicht entgegenstehen. Entsprechendes gilt für die Regelung des § 901 BGB, welche die gleichen Zwecke verfolgt.[368] Danach erlischt ein nicht eingetragenes Recht, falls der Anspruch des Berechtigten, hier also der Konkursmasse, gegen den Eigentümer verjährt ist.

---

362) vgl. oben S. 193, 194

363) Staudinger-Seufert § 900 Anm. 2; RGRK-Pritsch § 900 Anm. 2; Heck § 45.3

364) Heck § 32.5

365) oben S. 193

366) Heck § 45.6

367) Heck § 32.5

368) vgl. Staudinger-Seufert § 901 Anm. 1; Heck § 32.5, § 45.6

VIII. Nachträgliche Fremdbestimmung des Putativschuldners im Konkurs des Gläubigers

1. Einführung

a) Der A glaubt, sein Sohn habe bei dem Nachbarn N eine Scheibe eingeworfen und er hafte nach § 832 BGB, während in Wahrheit der Sohn des B der Täter war.[369] Hat A dem N auf seine nichtbestehende eigene Schuld Schadensersatz geleistet, so kann er das Geleistete nach (ganz) herrschender Meinung[370] nur von N zurückverlangen (§ 812 I S.1 1.Alt.BGB). B ist nicht befreit, daher entfällt ein Regreßanspruch gegen B. Dieses Ergebnis erscheint besonders in den Fällen unbillig, in denen N ausgewandert oder zahlungsunfähig ist. Deshalb soll A nach einer vordringenden Meinung[371] ein Wahlrecht haben. Man gibt ihm die Möglichkeit, seine Leistung nachträglich als für den B gemacht gelten zu lassen (Fremdbestimmung) und damit die Erfüllungswirkung des § 267 BGB herbeizuführen, so daß er den wahren Schuldner B regreßpflichtig machen kann. Ist aber N mittlerweile in Konkurs gefallen, so würde danach die zur Konkursmasse gehörende Forderung des N gegen B erlöschen. Dem könnte § 15 KO entgegenstehen.

b) Dieses Problem hat bisher noch niemand in der konkursrechtlichen Literatur zu § 15 KO erwähnt. Jedoch haben sich im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Problematik des Wahlrechts in letzter Zeit mehrere Stimmen gerade im Hinblick auf § 15 KO geäußert. Diese lassen die Fremdbestimmung nicht zuletzt am Prinzip des § 15 KO scheitern.[372] Die mittlerweile sehr

---

369) vgl. von Caemmerer, Dölle Festschrift S.139; weitere Beispielsfälle bei Maier AcP 152,98 f. und von Caemmerer aaO.S.138,139

370) vgl. von Caemmerer aaO.m.w.N.

371) von Caemmerer aaO.S.148; Flume JZ 62,281 f.; Maier AcP 152,97 ff.; Thomä JZ 62,623 ff.; Kaehler, Bereicherungsrecht S.76 ff.

372) so Lorenz AcP 168,315, Instituts-Festschrift Heidelberg S.281; Esser § 102 II 1; Medicus § 33 IV 3

umfangreiche Diskussion[373] über die Zulässigkeit der nachträglichen Fremdbestimmung und ihre dogmatischen Grundlagen wollen wir nur aufgreifen, soweit sie auch gegenüber § 15 KO ausschlaggebend sein kann. Immerhin entsteht das Problem des § 15 KO gar nicht, wenn man schon grundsätzlich jede Wahlmöglichkeit des Putativschuldners ablehnt.[374] Auf der anderen Seite ist nicht zu übersehen, daß dem Wahlrecht gerade im Konkurs eine entscheidende Bedeutung zukommt.[375]

c) Im folgenden gilt es zunächst, die im Zusammenhang mit dem Konkurs des Gläubigers und mit § 15 KO vorgebrachten Argumente darzustellen und zu ordnen (2). Anschließend wollen wir die Schranke des § 15 KO prüfen und dabei im einzelnen auf die bereits angeführten Begründungen eingehen (3).

2. Meinungsstand

a) Von den Autoren, die das Wahlrecht im Konkurs des Gläubigers scheitern lassen, ist besonders Lorenz[376] zu nennen.

---

373) zur Diskussion für und wider das Wahlrecht vgl.
a) bejahend: von Caemmerer, Dölle Festschrift S.135 ff.; Flume JZ 62,281 f.; G.H.Maier AcP 152,97 ff.; Thomä JZ 62,623 ff.; Kaehler, Bereicherungsrecht S.76 ff.; Gernhuber, Familienrecht S.490; Oertmann AcP 82,367, 465; Stolterfoth FamRZ 71,341 ff.(349 Fn.84); Marschall v.Bieberstein S.229; Palandt-Heinrichs § 267 Anm.2; Soergel-Schmidt § 267 Anm.4; wohl auch BGH NJW 64,1898;
b) einschränkend, kritisch: Sinn NJW 68,1857 ff.; Zeiss AcP 165,342 ff.;
c) ablehnend: Lorenz AcP 168,286 ff., Instituts-Festschrift Heidelberg S.267 ff.,28[illegible] f.; Esser § 102 II 1; Medicus § 33 IV 3; Larenz § 68 III d)1. (anders noch 9.A. § 62 II b); Eichele Diss.Mainz 1965 S.40 ff.,65,72.

374) Die meisten Gegner des Wahlrechts sind lediglich gegen eine allgemeine Anwendung der Wahlmöglichkeit, die jedenfalls im Spezialfall der §§ 2022 II,III BGB vorausgesetzt wird. vgl. Medicus aaO.

375) vgl. Lorenz AcP 168,308; von Caemmerer aaO.S.149; Maier aaO.S.100

376) Lorenz AcP 168,308 ff., Instituts-Festschrift Heidelberg S.280 f.

aa)Lorenz geht von dem Grundgedanken unseres Konkursrechts aus: Es sei einem Gläubiger nicht gestattet, sich nach Ausbruch der Krise zum Nachteil anderer Konkursgläubiger eine Sonderdeckung zu verschaffen.Dieser Gedanke komme in den §§ 7,14,15,30 ff. und 53 ff.KO zum Ausdruck.[377)]

Die Ausübung des Wahlrechts sei "eine der Aufrechnung gleichzuachtende,einseitig gestaltende Verfügung".Diese wirke auf die Forderung des Gläubigers gegen den Echtschuldner ein.Sie verstoße bereits gegen den Rechtsgedanken des § 55 KO.Danach sei es "einem Gläubiger des Gemeinschuldners nach Sichtbarwerden der Krise verboten, der Masse eine gegen einen Dritten zustehende Forderung dadurch zu entziehen,daß nachträglich die zur Aufrechnung erforderliche Identität von Schuldner und Gläubiger des Gemeinschuldners hergestellt werde".Zwar decke der Wortlaut des § 55 KO den hier zur Diskussion stehenden Fall nicht,aber diese konkursrechtliche Ausnahmebestimmung sei analogiefähig.[378)]

Auch mit § 15 KO sei das Wahlrecht nicht zu vereinbaren.[379)] Der Putativschuldner verschaffe sich nach Konkurseröffnung einen gleichgerichteten,bisher der Masse zustehenden Anspruch gegen den Echtschuldner,ohne daß dieser Erwerb auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruhe.[380)] Der Scheinschuldner gelange in dieselbe Lage wie jemand,der an einem zur Masse gehörenden Gegenstand ein Recht erwerbe.Denn auch das Regreßrecht eines auftraglosen Drittzahlers (§ 267 BGB) sei aus dem Rechte des befriedigten Gläubigers herzuleiten.[381)] Wie bei der Zession könne der Putativschuldner nur dasjenige verlangen,was der befriedigte Gläubiger vom Schuldner hätte fordern können.Der Herbeiführung einer solchen zessionsgleichen Wirkung aber stehe der § 15 KO im Konkurs des Gläubigers entgegen.[382)]

---

377)Lorenz AcP 168,313,314, Instituts-Festschrift S.281
378)Lorenz AcP 168,314,315
379)Lorenz AcP 168,315, Instituts-Festschrift S.281
380)Lorenz aaO.
381)Lorenz aaO.
382)Lorenz aaO.

Es sei auch belanglos,daß der Gemeinschuldner bereits vor Konkursbeginn den Gegenwert erhalten habe. Denn der Verzicht auf eine gewöhnliche Konkursforderung (hier die Leistungskondiktion des Scheinschuldners gegen den Gläubiger) sei kein die Masse gleichstellendes Äquivalent.[383] Auch könne man die Wahlrechtsausübung nicht mit einer Analogie zu § 144 BGB auf den Zeitpunkt der irrtümlichen Eigenleistung zurückbeziehen und so die Schranke des § 15 KO überspringen.[384] Schließlich helfe auch der Gedanke der rückwirkenden Genehmigung in diesem Zusammenhang ebenfalls nicht weiter.[385]

bb)Gleicher Auffassung wie Lorenz ist Esser.[386] Er betont ausdrücklich,der Putativschuldner könne sich durch seine Wahlmöglichkeit nicht zu Lasten der übrigen Konkursgläubiger eine Sonderdeckung verschaffen. Esser nennt zwar nicht den § 15 KO,er verweist aber gerade auf Lorenz.[387]

cc)Medicus[388] erwähnt sogar namentlich den § 15 KO. Er meint,im Konkurs des Gläubigers werde durch das Wahlrecht des Scheinschuldners die Masse verkürzt. Sie verliere den Anspruch gegen den Echtschuldner. Das aber widerspreche dem Sinn des § 15 KO.[389]

dd)Larenz[390] schließlich,der sich in der 9.Auflage[391] seines Lehrbuchs noch für die nachträgliche Fremdbestimmung des Putativschuldners aussprach,vertritt in der 10.Auflage eine andere Ansicht.Er sieht nunmehr keinen Grund,den irrtümlich Leistenden durch das Wahlrecht "zu bevorzugen".Dabei erwähnt er zwar nicht den

---

383)Lorenz AcP 168,315,316; vgl.dagegen Kaehler S.79

384)Lorenz AcP 168,316 ausdrücklich gegen v.Caemmerer, Dölle Festschrift S.150,151

385)Lorenz,Instituts-Festschrift S.282 ausdrücklich gegen Thomä JZ 62,627

386)Esser § 102 II 1

387)Hinweis auf Lorenz,Instituts-Festschrift S.267 ff.

388)Medicus § 33 IV 3

389)Medicus aaO.; vgl.auch JA 1929 Zivilr.S.226

390)Larenz Schuldrecht II § 68 III d) 1 (10.A.)

391)vgl. 9.Auflage § 62 II b

Konkurs des Gläubigers und das Argument des § 15 KO, jedoch verweist er ausdrücklich auf Lorenz, Esser und Medicus.[392] Demnach wird also auch Larenz davon ausgehen, daß im Konkurs § 15 KO entgegensteht.

b) Auf seiten derer, die das Wahlrecht des Scheinschuldners gerade im Konkurs des Gläubigers und trotz § 15 KO zulassen wollen, dominiert ein Argument: Wenn man den Putativschuldner auf die condictio indebiti gegen den Gläubiger beschränke, so werde ihm im Konkurs nur eine Konkursdividende ausbezahlt. Der Konkursverwalter hingegen könne die Forderung gegen den Echtschuldner voll zur Konkursmasse einziehen. Damit erhalte der Gemeinschuldner im Ergebnis praktisch doppelte Zahlung. Das aber sei ungerecht, denn er habe bereits mit der Leistung des Scheinschuldners das ihm Zustehende erhalten.[393] Gerade bei Zahlungsunfähigkeit und Konkurs des Gläubigers müsse man dem Putativschuldner die Möglichkeit geben, seine Leistung nachträglich auf die Schuld des echten Schuldners zu beziehen (Fremdbestimmung). Nur so sei er vor einer sachlich nicht gerechtfertigten Benachteiligung zu schützen. Dem ständen keine berechtigten Interessen der Konkursmasse entgegen, denn der Gemeinschuldner habe schon das Seine erhalten.[394] Dieses Hauptargument, das von der Interessenlage der Beteiligten ausgeht und von dort her das Ergebnis bestimmt, wird auf verschiedenste Weise dogmatisch untermauert:

aa) Von Caemmerer[395] meint, wenn der Zahlende nach Aufdeckung seines Irrtums davon absehe, sich auf denselben zu berufen, so sei hierin eine "Bestätigung" seiner Leistung zu sehen. Diese wirke analog § 144 BGB zurück.[396]

---

392) Hinweis auf Lorenz AcP 168,308 ff., Esser § 102 II 1 und Medicus § 33 IV 3 bei Larenz § 68 III d) 1.

393) so v. Caemmerer, Dölle Festschrift S. 148; Maier AcP 152,100; Kaehler, Bereicherungsrecht S. 81; vgl. auch Sinn NJW 68,1861

394) so v. Caemmerer aaO. und Kaehler aaO.

395) von Caemmerer, Dölle Festschrift S. 150,151

396) vgl. dagegen Kritik bei Lorenz AcP 168,316 und Esser § 102 II 1

bb)Ohne gesetzliche Regelungen zu nennen,sagt Flume[397],der Putativschuldner könne seine Leistung als Erfüllung der Schuld des wahren Schuldners "gelten lassen".

cc)Thomä[398]ist der Ansicht,die Schuldzuweisung des Scheinschuldners sei spiegelbildlich zu dem Fall zu sehen,in dem der wahre Gläubiger die Leistung an den falschen Gläubiger genehmige (§§ 362 II,185 II BGB). Ebenso wie die Genehmigung könne auch die Fremdbestimmung entsprechend § 184 BGB zurückwirken.[399]

dd)Oertmann[400]spricht sogar direkt von "Genehmigung". Dieser damals gemeinrechtlich orientierte Begriff hat aber mit der Genehmigung der §§ 185 II S.1,184 I BGB nichts gemeinsam.[401]

ee)Maier[402]geht entgegen der herrschenden Meinung davon aus,die Schuld des Nichtschuldners sei grundsätzlich trotz des Irrtums bereits getilgt.Der Zahlende habe daher primär eine condictio gegen den wahren Schuldner.[403] Er könne aber wegen Irrtums anfechten und dann den Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger erlangen.Dabei dürfe man in dem Irrtum über die Rechtsfolgen einen Erklärungsirrtum (§ 119 I BGB) sehen.[404] Die Identität der Forderung komme auch als wesentliche Eigenschaft der zu tilgenden Schuld in Betracht.Daher ließe sich zudem an einen Irrtum über wesentliche Eigenschaften (§ 119 II BGB) denken.[405] Maier braucht also,um dem

---

397)Flume JZ 62,282

398)Thomä JZ 62,627

399)vgl.dagegen Kritik bei v.Caemmerer aaO.S.151 Fn.49; Esser aaO.; Kaehler aaO.S.90 Fn.297; Maier aaO.S.101

400)Oertmann AcP 82,465

401)vgl.v.Caemmerer aaO. und Maier aaO.

402)Maier AcP 152,110

403)Kritik gegen diesen mit der herrschenden Lehre nicht zu vereinbarenden Ausgangspunkt schon bei v.Caemmerer aaO.S.152, Flume aaO. und Kaehler aaO.S.85 Fn. 276

404)Maier aaO.; dagegen kritisch v.Caemmerer aaO.

405)Maier aaO.

Putativschuldner die Wahl zwischen Regreß gegen Gläubiger oder Echtschuldner zu geben, überhaupt keine neue Bezugnahme oder Fremdbestimmung. Die Anfechtung allein würde bei ihm zur Erreichung dieses Zwecks genügen.[406]

ff) Kaehler[407] gibt dem Scheinschuldner nur unter bestimmten Umständen eine Anfechtungsmöglichkeit wegen Inhaltsirrtums (§ 119 I BGB). Vorausgesetzt ist, daß bereits die Leistungsbestimmung des Zahlenden, anders als subjektiv gewollt, objektiv als Bezugnahme auf die Schuld des wirklichen Schuldners auszulegen war (vgl. § 133 BGB) und somit gem. § 267 BGB schon erfüllt wurde.[408] Der Putativschuldner habe in diesem Fall die Möglichkeit der rückwirkenden Anfechtung und damit der Kondiktion gegen den Empfänger. Daneben aber stehe ihm auch das Recht zu, die anfechtbare Bezugnahme zu bestätigen (§ 144 I BGB) und gegen den Echtschuldner vorzugehen.[409] Diese Fallvariante wollen wir hier zwar gerade nicht erörtern, sie zeigt aber, daß man die "Bestätigung" Kaehlers gem. § 144 BGB keineswegs mit der "Bestätigung" bei von Caemmerer[410] analog § 144 BGB vergleichen kann. Auch lassen sich im Bereich der Anfechtung keine Gemeinsamkeiten mit Maier[411] feststellen.

Im hier zur Diskussion stehenden Fall geht es darum, daß die subjektive Bezugnahme auf die vermeintliche Schuld auch objektiv erkennbar war[412] und somit nicht

---

406) gegenüber Irrtumsvoraussetzungen grundsätzlich ablehnend Flume JZ 62,282; dagegen zieht Esser aaO. eine entsprechende Anwendung der Anfechtungsregeln immerhin als einzige Möglichkeit für den Putativschuldner in Erwägung, allerdings ohne Rückwirkung.

407) Kaehler, Bereicherungsrecht S.91

408) Kaehler aaO.; so ebenfalls Thomä JZ 62,627

409) Kaehler S.100,101

410) v.Caemmerer aaO.S.150,151; vgl. auch oben S.203

411) Maier AcP 152,110; vgl. auch oben S.204

412) Daher ist hier auch kein Raum für eine Anfechtung gem. § 119 BGB, anders allerdings Maier aaO.

zur Befreiung des echten Schuldners führen konnte. Hier will Kaehler dem Putativschuldner die Möglichkeit geben,durch nachgeschobene Bezugnahme auf den tatsächlichen Schuldner noch rückwirkend zu erfüllen. Die "sachliche Realisierung des Gläubigerinteresses" sei bereits im Zeitpunkt der Leistung eingetreten.[413] Das rechtfertige die Rückwirkung,dem stehe auch § 15 KO nicht entgegen.[414]

gg)Ein anderes Argument,das nicht so sehr als Konstruktionsversuch zu werten ist,bringt schließlich Marschall von Bieberstein.[415] Auf ihn verweist auch Stolterfoth[416] ausdrücklich im Rahmen des § 15 KO. Danach soll § 157 VVG in ergänzender Auslegung zugunsten des Scheinschuldners anwendbar sein,der eine Schadensersatzforderung tilgt.[417] Zu beachten ist allerdings,daß Marschall von Bieberstein diesem Putativschuldner bereits einen Regreßanspruch analog §§ 255,281 BGB gibt.[418] Der Gläubiger ist demnach verpflichtet,seine Forderung abzutreten.Diesen Anspruch könne der Leistende auch noch im Konkurs des Gläubigers geltend machen.Das ergebe sich besonders aus den in § 157 VVG und § 49 KO enthaltenen Gedanken.[419] Marschall von Bieberstein hält die nachträgliche Fremdbestimmung mit der Wirkung des § 267 BGB eigentlich nur für erforderlich,wenn der Abtretung des Schadensersatzanspruchs echte Schwierigkeiten entgegenstehen.Als Beispiele nennt er Tod,verbunden mit Hindernissen bei der Ermittlung der Erben,oder Auslandsaufenthalt.[420] Gleichwohl kann die dem § 157 VVG zugrundeliegende Interessenlage auch im Rahmen der nach-

---

413)Kaehler S.89,90

414)Kaehler S.90

415)Marschall von Bieberstein S.229 Fn.29

416)Stolterfoth FamRZ 71,349 Fn.84

417)Marschall von Bieberstein aaO.; zur Bedeutung des § 157 VVG allgemein s.auch oben S.70 ff.

418)Marschall von Bieberstein S.228

419)Marschall von Bieberstein S.229 Fn.29

420)Marschall von Bieberstein S.229

träglichen Fremdbestimmung bedeutsam sein[421], jedenfalls wenn man ihr zessionsgleiche Wirkung[422] einräumt.

hh)Es gibt zwar noch weitere Begründungen des Wahlrechts,wie die Berufung auf die §§ 2022 II,III BGB[423] oder der Hinweis auf die BGH-Entscheidung in NJW 64, 1898.[424] Diese Argumente geben aber für das Problem des § 15 KO nichts her.

3. Stellungnahme

a)Es könnten schon Zweifel aufkommen,ob § 15 KO überhaupt seinem Wortlaut nach anwendbar ist.

aa)Als Massegegenstand im Sinne des § 15 KO kommt lediglich die Forderung der Konkursmasse gegen den Echtschuldner in Betracht.Diese aber erlischt durch die nachträgliche Fremdbestimmung.Der Scheinschuldner erhält "nur" einen Regreßanspruch gegen den wirklichen Schuldner.Daher fehlt es in strengem Sinne bereits am Erwerb eines Massegegenstandes.Dennoch ist hier § 15 KO zumindest in erweiternder Auslegung anzuwenden.Immerhin entspricht der Rückgriffsanspruch des Putativschuldners in seiner Substanz genau dem Anspruch der Masse gegen den Echtschuldner.Das zeigt sich besonders deutlich,falls man die §§ 406,407,412 BGB[425] und die Verjährungsregelungen[426] zugunsten des Echtschuldners entsprechend eingreifen läßt.Soweit ist Lorenz[427] zuzustimmen,wenn er der

---

421)Darauf will auch Stolterfoth hinaus,wenn er im Rahmen des Wahlrechts auf Marschall von Bieberstein verweist,vgl.Stolterfoth aaO.

422)so Lorenz AcP 168,315; s.auch oben S.201

423)so von Caemmerer aaO.S.152,153; vgl.auch Medicus § 33 IV 3,der aber hierin nur einen Sonderfall sieht und zugleich eine allgemeine Anerkennung des Wahlrechts ablehnt.

424)so Palandt-Heinrichs § 267 Anm.2; im übrigen behandelt der BGH dort nur den Bereicherungsausgleich zwischen mehreren Schädigern.

425)so Kaehler S.81; vgl.auch schon Lorenz AcP 168,310, 311 und Medicus § 33 IV 3

426)so von Caemmerer aaO.S.153,154; vgl.auch schon Lorenz AcP 168,309 Fn.68

427)Lorenz AcP 168,315; s.auch oben S.201

nachträglichen Fremdbestimmung "zessionsgleiche Wirkung"[428] zuschreibt. Der Putativschuldner befindet sich in der gleichen Lage wie derjenige, der ein Recht an einem Massegegenstand erwirbt.

bb) Jedoch könnte wegen der genannten Rückwirkungsfiktionen zweifelhaft sein, ob der Erwerb auch in die Zeit nach Konkurseröffnung fällt. Aber, wie schon mehrfach erläutert[429], sind auch Rückbeziehungen nicht imstande, den Ablauf der Zeit zurückzudrehen oder anderweitig zu beeinflussen. Die Fremdbestimmung des Scheinschuldners erfolgt erst nach Konkursbeginn. Damit ist § 15 KO seinem Wortlaut nach anwendbar.

b) Im folgenden wollen wir untersuchen, ob konkursbeständige gesetzliche Vorschriften, auf die sich ein Erwerber gegenüber § 15 KO berufen kann, auch zugunsten des Putativschuldners zumindest analog in Betracht kommen. Dabei ist besonders auf die vorgeschlagenen Rückwirkungsfiktionen der §§ 142, 144 I, 184 BGB und die zum Vergleich herangezogene Regelung des § 157 VVG einzugehen.

aa) Der gem. § 142 BGB rückwirkende Erwerb des Anfechtenden dringt, wie oben[430] gezeigt, im Konkurs des Anfechtungsgegners gegenüber § 15 KO durch. Diese Regelung könnte auch zugunsten des Putativschuldners eingreifen.

aaa) Hier scheint sich Maiers Konzept anzubieten: Der Zahlende, der von einer falschen Vorstellung über die Rechtsfolgen seiner Zahlung und die Identität der zu tilgenden Schuld ausgegangen sei, habe ein Anfechtungsrecht.[431] Zunächst ist jedoch zweifelhaft, ob die Voraussetzungen einer Irrtumsanfechtung überhaupt vorliegen.[432] Hier irrt sich der Zahlende nicht über den

---

428) Lorenz aaO. Fn. 83

429) vgl. oben S. 36

430) oben S. 136-139

431) Maier AcP 152, 116; s. auch oben S. 204, 205

432) Motivirrtum ist unbeachtlich, vgl. Palandt-Heinrichs § 119 Anm. 1a; Medicus § 6 III 1

Erklärungsinhalt seiner Bezugnahme.Denn diese betrifft weder subjektiv noch objektiv die Schuld des wirklichen Schuldners.[433] Dennoch meint Maier[434], im Gegensatz zur ganz herrschenden Meinung[435],wegen des sachlichen Bezugs der Leistung auf das wirklich geschuldete Gläubigerinteresse sei gem.§ 267 BGB erfüllt.Daher habe der Putativschuldner von vornherein einen Regreßanspruch gegen den Echtschuldner.Läßt man, wie Maier,die Anfechtung dieser Rechtsfolge zu,so entfällt folgerichtig die Erfüllung rückwirkend gem.§ 142 BGB.Der Leistende hat dann eine condictio indebiti gegen den Empfänger.Eine neue Bezugnahme (Fremdbestimmung) ist somit nicht erforderlich.

bbb)Das gilt aber nicht,wenn wir mit der ganz herrschenden Meinung[436]zunächst davon ausgehen,der Scheinschuldner habe wegen der fehlenden Bezugnahme auf den wirklichen Schuldner nicht erfüllt.Daher stehe ihm lediglich eine condictio indebiti gegen den Empfänger zu. Selbst wenn man nun im Konkurs des Gläubigers eine Anfechtung mit der Folge des § 142 BGB zulassen würde, so wäre dem Putativschuldner damit allein kaum geholfen.Er hätte immer noch nicht gem.§ 267 BGB erfüllt und somit auch noch keinen Regreßanspruch gegen den Echtschuldner.In jedem Fall wäre zusätzlich eine Bezugnahme der Leistung auf die Schuld des wirklichen Schuldners erforderlich.[437] Das Wahlrecht läßt sich also mit Hilfe einer gem.§ 142 BGB rückwirkenden Anfechtung nicht begründen.

bb)Man könnte,wie von Caemmerer[438]vorschlägt,in der nachträglichen Fremdbestimmung eine rückwirkende "Bestätigung" der irrtümlichen Eigenleistung sehen und

---

433)Daher ist die Rechtslage anders als bei Kaehler, der nur dann ein Anfechtungsrecht gibt,wenn die obj.Bezugnahme vom subj.Willen abweicht.Vgl.Kaehler aaO.S.91, s.auch oben S.205

434)Maier AcP 152,110; s.auch oben S.204

435)v.Caemmerer aaO.S.152 m.w.N.; Flume JZ 62,282 m.w.N.

436)s.Fn.435

437)so auch Esser § 102 II 1

438)v.Caemmerer aaO.S.150,151; s.auch oben S.203

§ 144 BGB analog anwenden.§ 15 KO würde die lediglich bestätigende Wirkung des § 144 BGB nicht vereiteln.[439] Gegen die Konstruktion von Caemmerers ergeben sich aber erhebliche Bedenken:

aaa)Zunächst ist auch hier sehr fraglich,ob dieser Irrtum des Zahlenden überhaupt unter die §§ 119 ff. BGB fällt.[440] Von Caemmerer meint,der Irrtum des Putativschuldners liege in der schuldrechtlichen Grundlage der Vermögensverschiebung.[441] Unseres Erachtens ist § 119 I BGB nicht anwendbar.Denn die objektiv erklärte Bezugnahme auf die eigene Schuld entspricht dem inneren Willen des Leistenden.Damit weichen auch seine Vorstellungen hinsichtlich des Rechtsgrundes nicht vom objektiven Erklärungsinhalt ab.Praktisch läßt sich hier kaum ein Unterschied erkennen zum bereits von Maier[442] vertretenen Irrtum bezüglich der Identität der Schuld (entspr.§ 119 II BGB).[443] Wenn von Caemmerer eine Analogie ins Auge faßt,so mag das vielleicht gerechtfertigt sein,falls man seinem Hinweis auf historische Bemühungen im Zusammenhang mit der Irrtumslehre und der ungerechtfertigten Bereicherung[444] folgt.Eine weitere Erörterung erübrigt sich aber,denn entscheidend sind hier andere Bedenken.

bbb)Die Bestätigung gem.§ 144 BGB ist lediglich der Verzicht auf ein Anfechtungsrecht.[445] Das zunächst bereits wirksame,aber noch anfechtbare Rechtsgeschäft

---

439)Das ist noch leichter zu begründen als bei § 142, denn hier sind die Rechtsfolgen bereits eingetreten,sie werden lediglich unanfechtbar.

440)zur Kritik s.schon oben S.208,209; außerdem grundsätzliche Ablehnung von Flume JZ 62,282

441)von Caemmerer aaO.S.151

442)Maier AcP 152,110; s.auch oben S.204

443)Daher ist es auch verständlich,daß v.Caemmerer bei seiner Kritik gegen Maier lediglich auf den Rechtsfolgenirrtum eingeht,nicht aber auf den Irrtum bezüglich der Identität der Schuld.Vgl.von Caemmerer aaO.S.152

444)vgl.Hinweis bei v.Caemmerer aaO.S.151

445)Palandt-Heinrichs § 144 Anm.1; RGZ 68,400

wird endgültig wirksam.Es treten keine neuen Rechtsfolgen ein.[446] Die "Bestätigung" nach von Caemmerer hätte dagegen zur Folge,daß ein bisher unwirksames Geschäft (keine Erfüllung wegen falscher Bezugnahme) plötzlich wirksam wird (Erfüllung der Schuld des Echtschuldners gem.§ 267 BGB).Hier sollen demnach neue Rechtsfolgen entstehen.

Die noch weitergehende Kritik von Lorenz[447],der rückwirkende Bezug der Leistung zu einem Rechtsgeschäft des Empfängers mit einem Dritten gehe über die interpartes-Wirkung des § 144 BGB weit hinaus,läßt sich jedoch dämpfen.Immerhin hat der Putativschuldner mit seiner Leistung das "sachlich individualisierte Gläubigerinteresse realisiert"[448].Damit ist der Bezug zum Echtschuldner,über dessen Identität man sich aber noch irrt,bereits geöffnet.Das Parteienverhältnis enthält also schon von vornherein diesen zunächst nur sachlichen Drittbezug.

Zu bemängeln ist also nicht ein neuer Drittbezug.Entscheidend ist vielmehr,daß bei der Bestätigung des Putativschuldners in schroffem Gegensatz zur Bestätigung des § 144 BGB neue Rechtswirkungen und neue Regreßansprüche entstehen.Zudem bezweckt die Regelung des § 144 BGB,das Vertrauen des Empfängers endgültig zu schützen. Im hier zu erörternden Fall dagegen dient die "Bestätigung" lediglich dem "anfechtungsberechtigten" Putativschuldner.[449]

ccc)Zusammenfassend läßt sich feststellen: Schon die Voraussetzungen des § 144 BGB (anfechtbares Rechtsverhältnis) sind kaum gegeben.Sicher aber lassen sich die Wirkungen der nachträglichen Fremdbestimmung weder mit den Rechtsfolgen des § 144 BGB,noch mit seinem Zweck vergleichen.Mit einer Analogie zu § 144 BGB kann man dem Putativschuldner folglich nicht über die Schranke des § 15 KO helfen.

---

446)vgl.auch Lorenz AcP 168,316 Fn.84 m.w.N.

447)Lorenz aaO.S.316

448)Kaehler aaO.S.90; vgl.auch oben S.206

449)vgl.auch Esser § 102 II 1

cc)Die Fremdbestimmung des Putativschuldners könnte gegenüber § 15 KO durchdringen,wenn die Vorschrift des § 184 BGB[450] zugunsten des irrtümlich Leistenden anwendbar wäre.In Betracht kommt hier lediglich eine analoge Anwendung.Damit wollen wir auf Thomäs[451] Ansicht eingehen,in der nachträglichen Fremdbestimmung liege eine Genehmigung analog §§ 362 II,185 II S.1 BGB.

aaa)Diese Konstruktion darf aber nicht zu der von Thomä selbst gezogenen Folgerung führen,Zwischenverfügungen des Gläubigers und Echtschuldners stünden gem.§ 184 II hindernd im Wege.[452] Dann wäre auch die Kritik berechtigt,damit entfiele die "Genehmigung" gerade im Konkurs des Gläubigers oder bei Pfändung der Forderung.[453] § 184 II BGB betrifft lediglich Verfügungen des Genehmigenden bzw.Verfügungen,die gegen diesen oder durch dessen Konkursverwalter erfolgt sind.[454] Deshalb steht § 184 II BGB der rückwirkenden Genehmigung nur im Konkurs des Genehmigenden entgegen.[455] Setzt man schon den Putativschuldner mit dem Genehmigenden gleich,so kann man nicht dessen "Genehmigung" bei Zwischenverfügungen des Gläubigers oder Echtschuldners mit § 184 II BGB blockieren.Insofern ist die Parallele bei Thomä nicht vollständig und schon in sich widerspruchsvoll.

bbb)Ungeklärt bleibt auch die Frage nach dem Gegenstand der "Verfügungsgenehmigung".Diesen erblickt Thomä zunächst in der "Passivzuständigkeit an einer fremden Schuld"[456],welche der Leistende durch die nachträgliche Erklärung auf sich erstrecken soll. Später heißt es,der Scheinschuldner verfüge,ähnlich

---

450)zur Konkursbeständigkeit der gem.§ 184 BGB rückwirkenden Genehmigung s.oben S.131-136

451)Thomä JZ 62,627; s.auch oben S.204

452)so Thomä aaO.S.628

453)vgl.v.Caemmerer aaO.S.151 Fn.49; Kaehler S.90 Fn.297

454)RGZ 134,78; s.auch oben S.133

455)auch Thomä verweist auf RGZ 134,78 (Thomä S.628)

456)Thomä aaO.S.627

wie bei der Aufrechnung,über den ihm aus der Leistung erwachsenden Kondiktionsanspruch.[457] Dann bleibt aber unverständlich,wieso die Erfüllung des Echtschuldners gem.§ 184 II BGB entgegenstehen soll.[458] Der Kondiktionsanspruch des Leistenden gegenüber dem Gläubiger wird hierdurch doch gar nicht berührt.Der § 184 II BGB kann in diesem Fall nur blockieren,wenn man die Passivzuständigkeit als Verfügungsgegenstand erblickt.Dann aber fehlt es an der Verfügungsbefugnis des Scheinschuldners.Damit wäre schon eine Grundvoraussetzung der Vorschriften über die Genehmigung gem.§ 185 II S.1, 184 BGB nicht gegeben.Die Konstruktionsversuche von Thomä sind unklar und widerspruchsvoll.Sie helfen gerade im Hinblick auf die Schranke des § 15 KO nicht weiter.

ccc)Überhaupt verfolgt die Genehmigung des § 185 II S.1 BGB einen ganz anderen Zweck als die Fremdbestimmung des Putativschuldners.Die Genehmigung soll den Mangel einer Verfügungsmacht heilen,die Fremdbestimmung hingegen einen in der Vergangenheit liegenden Tatbestand verändern.[459] Außerdem dient die Genehmigung,im Gegensatz zur Fremdbestimmung,der Sanktionierung fremder Verfügungen.Sie erfolgt durch einen Dritten,der bei Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht mitgewirkt hat.Der Putativschuldner dagegen will durch die Berichtigung seiner Leistungsbestimmung ein Rechtsgeschäft ändern, welches er selbst mit dem Gläubiger vorgenommen hat.[460] Eine Rückwirkung der Fremdbestimmung analog § 184 BGB kommt also zugunsten des Putativschuldners nicht in Betracht.

dd)Man könnte dem Scheinschuldner im Konkurs des Gläubigers helfen,wenn zu seinen Gunsten § 157 VVG analog anwendbar wäre.[461] Dann müßte man dem vor Konkursbe-

---

457)so Thomä aaO.; dazu Kritik bei von Caemmerer aaO.

458)so aber Thomä aaO.S.628

459)vgl.Maier AcP 152,101

460)vgl.auch Kritik bei Esser § 102 II 1

461)so Marschall von Bieberstein S.229 Fn.29 und Stolterfoth FamRZ 71,349 Fn.84; vgl.oben S.206,207

ginn leistenden Putativschuldner ebenso wie dem vorher geschädigten Dritten ein Absonderungsrecht an der Forderung des Gläubigers einräumen analog § 157 VVG, 49 I Nr.2 KO.Dieses würde sich gem.§ 4 II KO[462] auch gegenüber § 15 KO durchsetzen.

aaa)Immerhin sind in der Interessenlage durchaus Parallelen zu finden.So geht § 157 VVG von dem Gedanken aus,der Versicherungserfolg sei wirtschaftlich für den verletzten Dritten bestimmt und dürfe nicht auf dessen Kosten anderen Gläubigern,hier den Konkursgläubigern, zufließen.[463] Entsprechend dient auch das gerade im Konkurs bedeutsame Wahlrecht dazu,das irrtümlich Geleistete wenigstens in seinem Wert dem Putativschuldner zu erhalten und nicht die Konkursgläubiger des Empfängers unbillig zu bereichern.Bei § 157 VVG fällt der Entschädigungsanspruch gegen die Versicherung belastet mit dem Absonderungsrecht des Geschädigten in die Masse.Ähnlich könnte man sagen,auf dem Anspruch des Gläubigers gegen den Echtschuldner ruhe bereits das Wahlrecht des Scheinschuldners,sobald dieser geleistet habe.

bbb)Allein diese Parallelen in der Interessenlage reichen aber noch nicht aus. Die Tatbestände selbst sind derart verschieden,daß uns eine Analogie ausgeschlossen erscheint: § 157 VVG ist nach heute herrschender Meinung[464] eine Sondervorschrift,die sich nicht einmal im Bereich der Rückversicherung entsprechend anwenden läßt.[465] Viel weniger kommt dann eine Analogie in Betracht,falls überhaupt keine Versicherungsverhältnisse vorliegen,wie bei der hier zu prüfenden nachträglichen Fremdbestimmung.Auch § 157 VVG hilft also nicht weiter.

---

462)Direkt als lex specialis (vgl.oben S.73) kommt hier § 157 VVG nicht in Betracht,denn die mit dem Versicherungsfall zu vergleichende Leistung erfolgt vor Konkurseröffnung,daher der einfache Weg über § 4 II KO (vgl.oben S.71).

463)Jaeger-Lent KO § 49 Anm.12; Einzelheiten oben S.70 ff.

464)Jaeger-Lent KO § 1 Anm.57; Mentzel-Kuhn KO § 49 Anm.36

465)anders Marschall von Bieberstein aaO.,der sich auf Kohler (Lehrbuch 1891) S.182-184 beruft.

ee)Es bleibt schließlich die Konstruktion von Kaehler[466],der nicht den Versuch unternimmt,konkursfeste BGB-Vorschriften heranzuziehen.Er sagt lediglich,der Putativschuldner könne durch nachgeschobene Bezugnahme auf den wirklichen Schuldner noch rückwirkend gem. § 267 BGB erfüllen.[467] Die objektiven Merkmale des Erfüllungstatbestandes lägen bereits zur Zeit der Leistung auf das wirklich bestehende Gläubigerinteresse vor.[468] Die subjektiven Merkmale seien hingegen auf Schuldnerseite noch nicht gegeben.[469] Sie ständen aber im Belieben des Putativschuldners,der die Wirkung des § 267 BGB herbeiführen könne,ohne berechtigte Interessen der Konkursgläubiger zu verletzen.[470] Zugunsten des Echtschuldners seien die §§ 406,407,412 BGB anwendbar.Der Rückwirkung stünden im Konkurs des Empfängers also weder schutzwürdige Interessen der Konkursgläubiger noch des Echtschuldners entgegen.Daher dringe die rückwirkende Bezugnahme auch gegenüber § 15 KO durch.[471]

Besonders anzuerkennen an dieser Konstruktion der "nachgeschobenen Bezugnahme" ist,daß Kaehler nicht der Versuchung unterliegt,eine der genannten,aber wie gezeigt unpassenden,BGB-Regelungen heranzuziehen und "mit Gewalt" auf die nachträgliche Fremdbestimmung anzuwenden.Problematisch aber erscheint uns die konkursfeste Rückwirkung der Bezugnahme.Allein mit dem Hinweis auf die Interessenlage ist die Schranke des § 15 KO nicht zu durchbrechen.Wir müssen hier andere bereits erörterte Tatbestände zum Vergleich heranziehen. Nur so dürften wir eine auch im Hinblick auf § 15 KO überzeugende Lösung finden.

---

466)Kaehler,Bereicherungsrecht S.89,90; s.auch oben S.105,106

467)Kaehler S.89,90

468)Kaehler S.90

469)Kaehler S.90

470)Kaehler S.81

471)Kaehler S.81

c)Als Ausgangspunkt erscheint uns ein Vergleich mit der Ausübung von dinglichen Gestaltungsrechten angebracht.Denn die einseitige Fremdbestimmung hat,wie gezeigt[472],verfügungsähnliche Wirkung.

aa)Gestaltungsberechtigte haben eine ganz besondere Position,die über die eines einfachen Konkursgläubigers weit hinaus geht.Das zeigt sich schon bei der nachträglichen Gestaltung von schuldrechtlichen Verhältnissen,wie durch Rücktritt,Wandlung oder Anfechtung.Im Konkurs des Vertragsgegners kann selbst die für alle Konkursforderungen geltende Schranke des § 3 KO[473] nicht entgegenstehen.[474] Geschützt sind die Berechtigten aber auch bei der nachträglichen Gestaltung von dinglichen Rechtslagen,wie zum Beispiel durch Anfechtung des dinglichen Geschäfts mit dem Gemeinschuldner gem.§§ 119 ff.,142 BGB[475],durch Hinzufügen einer auflösenden Bedingung gem. § 158 ff.,161 I S.2 BGB[476] und durch Aufrechnung gegenüber einer der Konkursmasse zustehenden Forderung gem.§ 53 KO i.V.m. § 398 BGB.[477] Diese Gestaltungsberechtigten haben eine absolute Rechtsposition.Daher scheitern sie im Konkurs des Gegners auch nicht an § 15 KO.

Wenn man dem irrtümlich leistenden Putativschuldner grundsätzlich das Recht zur nachträglichen Fremdbestimmung seiner Leistung zugesteht,so räumt man ihm damit eine Rechtsposition ein,die zunächst in ihrer Wirkung der eines dinglich Gestaltungsberechtigten entspricht.Das genügt aber noch nicht.Darüber hinaus müssen wir prüfen,ob auch die Voraussetzungen dieser Fremdbestimmungsbefugnis mit der einer absoluten Gestaltungsbefugnis vergleichbar sind.Entscheidend sind dabei die Gründe,auf denen die Konkursfestigkeit beruht.

---

472)s.oben S.207,208

473)zum Grundsatz des § 3 vgl.oben S.12,13

474)Einzelheiten bei Jaeger-Lent KO § 3 Anm.3a, § 17 Anm.10,19(2); Mentzel-Kuhn KO § 3 Anm.18,§ 17 Anm.4

475)s.oben S.136-139

476)s.oben S.60,61

477)s.oben S.46,47

bb)Am nächsten liegt dabei eine Parallele zur Aufrechnungsbefugnis,die ausdrücklich gem.§ 53 KO vom Konkurs des Aufrechnungsgegners unberührt bleibt.[478] Hier kann nicht etwa,wie Lorenz[479] meint,die Schranke des § 55 KO eingreifen.Denn § 55 KO will nur verhindern,daß die erst nach Konkursbeginn erlangte Aufrechnungsbefugnis gegenüber der Konkursmasse durchdringt.[480] Die Befugnis zur Fremdbestimmung entsteht aber bereits vor Konkurseröffnung,und zwar mit der Leistung auf die sachlich konkretisierte Schuld.Demnach geht es hier nicht erst um eine entsprechend § 55 KO unzulässige Herbeiführung des Gestaltungsrechts,sondern schon um die Ausübung desselben.[481]

Dem Band der Gegenseitigkeit der Forderungen bei der Aufrechnung entspricht bei der Fremdbestimmung die wirtschaftliche Beziehung,welche infolge der indebite-Leistung zwischen dem Kondiktionsanspruch des Putativschuldners und der Forderung des Gläubigers besteht.[482] In beiden Fällen decken sich die Forderungen wertmäßig. Daher ist auch die Vermögensposition des Empfängers ebenso wie die des Aufrechnungsgegners bereits vor Konkursbeginn ausgeglichen.Beide sind Schuldner und zugleich Gläubiger.Dieser Ausgleich der Vermögensposition des Gläubigers beruht auf der sachlich individualisierten Leistung des Scheinschuldners.Von daher rechtfertigt sich die Ausübung des Wahlrechts wie die entsprechende Ausübung der Aufrechnungsbefugnis im Konkurs des Gegners.Auf eine wirkliche Gegenseitigkeit der Forderungen kann es bei diesem Vergleich nicht an-

---

478)zur Aufrechnung allgemein vgl.oben S.46,47;--- auch Lorenz AcP 168,312,314 f. zieht diesen Vergleich

479)Lorenz AcP 168,314,315

480)vgl.oben S.26,27

481)Hier liegt wohl der entscheidende Fehler in der Argumentation bei Lorenz aaO.

482)Auch Lorenz aaO.S.310 sieht den tatsächlichen und wirtschaftlichen Bezug zwischen indebite-Leistung und der bestehengebliebenen Forderung des Gläubigers.(Daher will er im Fall des § 818 III BGB das Wahlrecht zulassen)

kommen.Entscheidend sind die tatsächliche und die wirtschaftliche Beziehung beider Ansprüche gerade aus der Sicht des Empfängers der Leistung und die damit gegebene wertmäßig ausgeglichene Vermögensposition.[483]

Mit der nachgeschobenen Bezugnahme entfallen ebenso wie bei der Aufrechnung Forderung und Verpflichtung des in Konkurs gefallenen Gläubigers.Zudem erlangt der Leistende und nachträglich Fremdbestimmende einen Regreßanspruch gegen den Echtschuldner,welcher der Substanz der Forderung entspricht.Das ist aber hier im Hinblick auf den Gläubiger,um dessen Schutz es allein geht,unerheblich. Daran kann die Parallele zur Aufrechnung nicht scheitern.

cc)Fraglich bleibt,ob sich der Vergleich mit der Aufrechnungsbefugnis auch auf die Rückwirkungsfiktion des § 389 BGB ausdehnen läßt.Diese Rückbeziehung dient ebenso wie die des § 142 BGB dem Schutz des Berechtigten gegenüber Eingriffen Dritter.[484] Den gleichen Zweck kann man auch durch eine Verfügungsbeschränkung,wie zum Beispiel im Falle des § 161 I BGB[485],erreichen. Hier jedoch erscheint eine solche Beschränkung des Gläubigers hinsichtlich der Forderung,die ihm gegen den Echtschuldner zusteht,unangebracht.Der Gläubiger weiß gar nicht,ob der Scheinschuldner von seinem Recht zur nachgeschobenen Bezugnahme Gebrauch machen wird.Zunächst gibt es auch keinen Grund,den Echtschuldner daran zu hindern,seine Schuld zu begleichen oder mit einer eigenen Forderung aufzurechnen.Günstiger als eine Verfügungsbeschränkung ist daher wohl die Konstruktion einer Rückwirkungsfiktion.Diese beeinträchtigt auch nicht die Rechte des Echtschuldners.Denn jener kann sich gegenüber dem Regreßanspruch des Putativschuldners auf die §§ 406 und 407 BGB berufen.[486]

---

483)Lorenz sieht zu streng nur auf die Gegenseitigkeit.

484)Esser,Rechtsfiktionen S.181,185; vgl.oben S.36

485)vgl.oben S.60 ff.

486)vgl.Kaehler S.81; dasselbe regen sogar auch Lorenz aaO.S.310 und Medicus § 33 IV 3 an.

dd)Der nachträglichen Fremdbestimmung steht auch die Vorschrift des § 267 II BGB nicht entgegen.[487] Danach können Gläubiger und Echtschuldner nur gemeinsam den Erfüllungsversuch des Drittzahlers gem.§ 267 I BGB verhindern.Hier aber ist der Gläubiger bereits auf den objektiven Erfüllungstatbestand eingegangen, indem er die sachlich individualisierte Leistung angenommen hat.Insoweit ist er gebunden.[488] Das heißt nur,daß er die subjektive Bezugnahme auf die Fremdschuld gem.§ 267 I BGB hinnehmen muß.Er hat nicht etwa die Pflicht,eine vollständige Erfüllung durch den Echtschuldner abzulehnen.Nur ist er dann wie jeder ehemalige Gläubiger,dessen Schuldner gegenüber dem Neugläubiger die Einrede des § 407 BGB erhebt,gem.§ 816 II BGB zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet. Dieses Risiko,daß der Echtschuldner mittlerweile erfüllt und danach nur der Anspruch aus § 816 II gegenüber dem Gläubiger bleibt,muß der Putativschuldner tragen.In diesem Fall hatte er es allein in der Hand, rechtzeitig fremdzubestimmen und den wirklichen Schuldner zu benachrichtigen.

ee)Schließlich steht auch die Tatsache nicht entgegen, daß der Scheinschuldner zugleich einfacher Konkursgläubiger ist (§ 812 BGB) und ihm deshalb grundsätzlich nur die Konkursdividende gebührt.Auch der anfechtungsberechtigte Gläubiger ist zugleich Konkursgläubiger.Dasselbe ist auf Seiten eines Absonderungsberechtigten durchaus möglich,wie die Regelung des § 64 KO zeigt.Entscheidend ist bei allen,daß sie zusätzlich eine Befugnis haben,die über die Position eines normalen Gläubigers weit hinausgeht.Deshalb sind sie gegenüber einfachen Konkursgläubigern wesentlich bevorrechtigt.

---

487)so aber Lorenz aaO.S.313

488)Das übersieht Lorenz aaO.Deshalb ist auch die Position des Putativschuldners zu Recht stärker als die eines zukünftigen Drittzahlers.

Auf diesem Hintergrund läßt sich auch das von Lorenz[489] und Esser[490] vorgebrachte Argument ausräumen, der Leistende verschaffe sich zu Lasten der übrigen Gläubiger eine ihm nicht zustehende Sonderdeckung. Der Putativschuldner befindet sich mit der Individualisierung des Gläubigerinteresses bereits in einer Sonderposition. Diese ist vor Konkurseröffnung entstanden, ihre Verwirklichung kann nicht an § 15 KO scheitern. Die Masse muß in solchen Fällen, in denen ein Dritter von seiner dinglichen Gestaltungsbefugnis Gebrauch macht, immer Verkürzungen zum Nachteil der einfachen Konkursgläubiger hinnehmen.[491] Das kann auch § 15 KO nicht vereiteln.[492]

ff) Abschließend ist festzustellen: Die Fremdbestimmung des Scheinschuldners ist als nachgeschobene Bezugnahme im Konkurs des Gläubigers wie die Ausübung eines dinglichen Gestaltungsrechts zu behandeln, das bereits vor Konkursbeginn bestand und daher nicht an § 15 KO scheitern kann. Dabei entspricht eine konkursfeste Rückwirkungsfiktion - wie auch sonst bei der Gestaltung von dinglichen Rechtslagen üblich (vgl. §§ 142, 389 BGB; auch § 184 BGB) - eher den Interessen der Beteiligten als eine auch den Konkursverwalter bindende Verfügungsbeschränkung (vgl. § 161 I S. 2 BGB).

4. Zusammenfassung

Die nachträgliche Fremdbestimmung des Putativschuldners dringt im Konkurs des Gläubigers auch gegenüber § 15 KO durch. Das läßt sich aber nicht mit einer Einzelanalogie zur Anfechtung gem. § 119 ff., 142 BGB, zur Bestätigung gem. § 144 BGB, zur Genehmigung gem. §§ 185 II, 184 BGB oder zur Absonderung gem. §§ 157 VVG, 49 I Nr. 2 KO begründen. Vielmehr liegt in der Fremdbestimmung eine nachgeschobene Bezugnahme der bereits erfolgten

---

489) Lorenz AcP 168, 315, Instituts-Festschrift S. 281

490) Esser § 102 II 1; vgl. auch oben S. 202

491) vgl. die Beispiele oben S. 216 m.w.N.

492) Das übersieht auch Medicus § 33 IV 3, der allein aus der Verkürzung der Konkursmasse einen Verstoß gegen § 15 KO ableitet.

Leistung auf die fremde Schuld.Diese einseitige Bezugnahme kann man nicht durch eine der genannten Regelungen ersetzen.Wegen der verfügungsähnlichen Wirkung auf die fremde Forderung ist jedoch eine Gesamtanalogie zu den konkursfesten dinglichen Gestaltungsrechten geboten.Die Konkursbeständigkeit der Fremdbestimmung läßt sich dabei besonders untermauern,wenn man die Stellung des Putativschuldners mit der eines Aufrechnungsbefugten vergleicht,der im Konkurs speziell durch die §§ 53 ff.KO geschützt ist.Die nachgeschobene Bezugnahme wirkt auch aus ähnlichen Gründen auf den Zeitpunkt der Leistung zurück.Der Echtschuldner kann sich gegenüber dem Regreßanspruch des Scheinschuldners auf die §§ 406,407 BGB berufen,falls er selbst aufrechnungsbefugt ist oder mittlerweile erfüllt hat.

IX. Zusammenfassung

Im Anschluß an die Erörterung dieser Probleme gilt es, die Tatbestände,soweit sie gegenüber § 15 KO durchdringen,in das oben entwickelte 3-Stufen-Schema[493] einzuordnen.Soweit die äußeren Kriterien nicht reichen,sind die in den Zusammenfassungen[494] bereits angeschnittenen inneren rechtlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

1.Der Erwerb auf Grund einer gem.§ 184 BGB rückwirkenden Genehmigung Dritter fällt in die 2.Stufe.Denn die mit § 161 I S.2 BGB vergleichbare Position des Erwerbers ist bereits im Zeitpunkt der Konkurseröffnung konkursfest (Gegenschluß aus § 184 II BGB).Soweit der Gemeinschuldner als Nichtberechtigter (§ 185 II S.1 1.Alt. BGB) verfügt,fehlt es bereits am "Massegegenstand" und damit am Wortlaut des § 15 KO (1.Stufe).

---

493) zur in erster Linie formalen Einteilung der drei Stufen vgl.die Einleitung zum 3.Kapitel (S.35), in dem die drei Stufen entwickelt wurden.

494) vgl.Zusammenfassungen zur 1.Stufe oben S.44, zur 2.Stufe oben S.77,78 und zur 3.Stufe oben S.128-130

Auch konkurssicher ist die Stellung des gem.§§ 119 ff.,142 BGB dinglich Anfechtungsberechtigten.Dessen gem.§ 142 BGB rückwirkenden Erwerb kann man ebenfalls der 2.Stufe zuordnen.

2.Die Verpfändung einer Sache zur Sicherung einer künftigen Forderung gem.§ 1204 II BGB ist ebenso wie die vor Konkursbeginn bestellte Sicherungsgrundschuld bereits der 1.Stufe zuzuweisen.Denn die Tatbestände sind vor Konkurseröffnung abgeschlossen.Eine spätere Valutierung scheitert jedoch gegenüber der Konkursmasse regelmäßig an den §§ 3,7 oder 23 KO.

3.Die Abtretung und Verpfändung künftiger Forderungen verstößt schon nicht gegen den Wortlaut des § 15 KO, falls die betreffenden Forderungen nicht der Konkursmasse gebühren (vgl.§ 46 KO).Ansonsten dringt der Erwerb nur gegenüber § 15 KO durch,wenn eine Analogie zu § 161 I S.2 BGB i.V.m.§ 21 I,II KO möglich ist (2. Stufe).

4.Der Fruchterwerb gem.§ 953 BGB berührt ebenso wie der gem.§ 954 BGB nicht den Wortlaut des § 15 KO.
Der Fruchterwerb gem.§ 955 BGB ist nur gegenüber § 15 KO wirksam,falls sich der gute Glaube des Fruchtziehers auf die Verfügung eines Dritten bezieht.Dann ist der Tatbestand mit dem in der 3.Stufe erörterten gutgläubigen Dritterwerb beweglicher Sachen vergleichbar.Das gleiche gilt für den Erwerb gem.§ 957 BGB.In diesen Fällen hat die Masse einen Ausgleichsanspruch gegen den verfügenden Nichtberechtigten analog § 816 I S.1 BGB.
Der Fruchterwerb gem.§ 956 BGB ist nur möglich,wenn der Konkursverwalter Erfüllung wählt oder an die Gestattung gem.§ 21 I KO gebunden ist.Im ersten Fall dringt der Erwerb entsprechend §§ 6,17 ff.KO durch,im zweiten Fall hat der Berechtigte eine konkursfeste Anwartschaft analog § 161 I S.2 BGB i.V.m.§§ 956 I S.2 BGB,21 I KO (2.Stufe).

5.Während die Blankoverpfändung und Blankoabtretung von Grundpfandrechten im Konkurs scheitern,bleibt die Blankoverfügung hinsichtlich einfacher Forderungen gegenüber § 15 KO bestehen.Dem Erwerber ist eine konkursfeste Position analog § 161 I S.2 BGB einzuräumen (2.Stufe).

6.Beim Funderwerb gem.§ 973 BGB geben ebenso wie in den Fällen der §§ 946 ff.BGB sachenrechtliche Prinzipien den Ausschlag (3.Stufe).Es besteht jedoch ein Ausgleichsanspruch gem.§ 977 BGB.Dadurch bleibt,vergleichbar mit § 951 BGB,die innere wertmäßige Zuordnung zugunsten der Masse gewahrt.

7.Bei der Ersitzung beweglicher Sachen (§§ 937,1033 BGB) steht in erster Linie der Gutglaubensschutz des Ersitzenden im Vordergrund.Der Erwerb dringt daher gegenüber § 15 KO nur durch,soweit ein Vergleich mit dem gutgläubigen Fahrniserwerb durch Verfügungen Dritter möglich ist (3.Stufe).Dann hat die Masse aber einen Ausgleichsanspruch analog § 816 I S.1 BGB.

Bei der Buchersitzung gem.§ 900 BGB dagegen gibt das allgemeine Interesse an der Beseitigung lebensunfähiger juristischer Überreste den Ausschlag.Ähnlich wie in den Fällen der §§ 910,911 und 964 BGB muß hier die Konkursmasse auch die Änderung der praktisch wertlosen inneren Zuordnung ohne Ausgleich hinnehmen.Die Tatbestände des § 900 BGB und auch des benachbarten § 901 BGB dringen in der 3.Stufe gegenüber § 15 KO durch.

8.Die nachträgliche Fremdbestimmung des Putativschuldners kann man mit anderen dinglichen Gestaltungsrechten vergleichen und der 2.Stufe zuordnen.Der Scheinschuldner hat nach seiner irrtümlichen Leistung auf die fremde Schuld eine konkursfeste Position ebenso wie der Aufrechnungsbefugte (§ 53 KO) oder der Anfechtungsberechtigte (§§ 119 ff.,142 BGB).

5.Kapitel
Herleitung einer allgemeinen Formel zur begrifflichen Erfassung aller gegenüber § 15 KO durchdringenden Tatbestände

I.Zusammenfassung der für alle Tatbestände wesentlichen inneren rechtlichen Kriterien

Die gegenüber § 15 KO durchdringenden Tatbestände haben wir bisher in erster Linie nach äußeren (formalen) rechtlichen Kriterien in drei Stufen eingeordnet.[1)] Nun sind die inneren (materialen) rechtlichen Gesichtspunkte herauszuarbeiten und zusammenzufassen.Dabei wollen wir besonders auf die wesentlichen konkursrechtlichen Gründe eingehen,die wir auch schon am Schluß der einzelnen Abschnitte[2)]angedeutet haben.

1. Einordnung in drei "materiale" Stufen

Zunächst lassen sich alle Tatbestände unter drei grundlegenden "materialen" rechtlichen Gesichtspunkten einordnen.Dabei sind die schon nicht vom Wortlaut des § 15 KO erfaßten Fallgruppen nicht mehr berücksichtigt.Die drei "materialen" Stufen ergeben folgende Einteilung:

(1) Tatbestände,die bereits einer dem Konkurszweck zu entnehmenden inneren Begrenzung des § 15 KO entsprechen. Dazu zählen die Fälle,welche durch Handlungen des Konkursverwalters (§§ 6,17,117,134 Nr.2 KO)[3)] gedeckt sind oder der Realisierung von Masseforderungen (§§ 57 ff.KO)[4)]dienen.Hierzu gehören auch die kraft Gesetzes entstehenden Absonderungs- und Zurückbehaltungsrechte der §§ 77,157 VVG[5)]und § 121 AbgO[6)], soweit sie Masseansprüche sichern.Außerdem sind in

---

1)vgl.Einführung auf S.35

2)vgl.Zusammenfassungen oben S.44,77,78,128-130,221-223

3)s.oben S.45; vgl.auch Zusammenfassung S.77

4)s.oben S.47,48; vgl.auch Zusammenfassung S.77

5)s.oben S.70-76; vgl.auch Zusammenfassung S.78

6)s.oben S.126,127; vgl.auch Zusammenfassung S.129

diesem Zusammenhang die Erwerbsvorgänge zu nennen,bei denen die Lage der Konkursmasse unberührt bleibt,wie beim bloßen Wechsel des Rechtsträgers.[7)]

(2) Tatbestände,die dazu dienen,eine bereits bei Konkurseröffnung bestehende konkursfeste Position zu verwirklichen. Dazu zählen die Verwirklichung von Absonderungsrechten (§ 4 II KO)[8)],die Ausübung von dinglichen Gestaltungsrechten (§ 53 KO[9)];§§ 119 ff.,142 BGB;[10)] Potestativbedingung § 161 I S.2 BGB[11)];nachträgliche Fremdbestimmung des Putativschuldners[12)]) und die Realisierung von Erwerbsaussichten,die auf Grund ausdrücklicher Gesetzesbestimmung konkursfest sind (§ 15 S.2 KO i.V.m.§ 878 BGB[13)];§§ 883 II S.2,1098 II BGB, § 24 KO[14)];§ 161 I S.2 BGB direkt[15)]und analog i.V.m. §§ 21 I,II KO[16)]bzw.§ 956 I S.2 BGB,§ 21 I KO[17)]; § 881 BGB[18)];§ 377 BGB[19)];§ 184 II BGB[20)]).Die konkurssichere Erwerbsaussicht kann man auch als konkursfestes Anwartschaftsrecht bezeichnen.

(3) Tatbestände,in denen überwiegende Rechtsgüter der Allgemeinheit oder direkt öffentliche Interessen ausschlaggebend sind.Sie verdrängen die durch § 15 KO geschützten Interessen der Konkursgläubiger. Hierzu zählen der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 15 S.2 KO i.V.m.§§ 892,893 BGB)[21)],unabdingbare sachenrechtliche

---

7)s.oben S.79-82; vgl.auch Zusammenfassung S.129
8)s.oben S.45,46;vgl.auch Zusammenfassung S.77
9)s.oben S.46,47; vgl.auch Zusammenfassung S.77
10)s.oben S.136-139; vgl.auch Zusammenfassung S.222
11)s.oben S.60-66; vgl.auch Zusammenfassung S.78; s.auch S.180 und Zusammenfassung S.223
12)s.oben S.199-221; vgl.auch Zusammenfassung S.223
13)s.oben S.49-52; vgl.auch Zusammenfassung S.78
14)s.oben S.56-60,68-70; vgl.auch Zusammenfassung S.78
15)s.oben S.60-66; vgl.auch Zusammenfassung S.78
16)s.oben S.149-159; vgl.auch Zusammenfassung S.222
17)s.oben S.166-169; vgl.auch Zusammenfassung S.222
18)s.oben S.82,83; vgl.auch Zusammenfassung S.128
19)s.oben S.67; vgl.auch Zusammenfassung S.78
20)s.oben S.131-136; vgl.auch Zusammenfassung S.221
21)s.oben S.52,53,56; vgl.auch Zusammenfassung S.78

Grundsätze wie § 93 BGB (§§ 946 ff. BGB[22],§ 964 BGB[23]) und das Bedürfnis nach Klärung der dinglichen Zuordnung (Funderwerb gem.§ 973 BGB)[24],grundsätzliche Wertungen des Gesetzgebers wie im Fall des § 950 BGB[25],die Sicherheit des Rechtsverkehrs in dritter Hand (gutgläubiger Erwerb durch Verfügungen Dritter[26],Fruchterwerb gem.§§ 955,957 BGB[27]und Ersitzung gem.§§ 937,1033 BGB[28]abgeleitet von nichtberechtigten Dritten),die Rechtssicherheit und Effektivität der Vollstreckung[29],das allgemeine Interesse an der Wahrung nachbarlichen Friedens (§§ 910,911 BGB)[30] und an der Beseitigung lebensunfähiger "Rechtskrüppel" (§ 900 BGB)[31]und direkte Interessen der Öffentlichkeit (Enteignung[32],strafrechtliche Einziehung und Unbrauchbarmachung[33],zoll- und steuerrechtliche Haftung gem. § 121 AbgO[34]).

Unter diesen drei "materialen" Stufen lassen sich sämtliche gegenüber § 15 KO durchdringenden Tatbestände zusammenfassen.Danach bietet sich zunächst folgende Formel an:"§ 15 KO steht nicht den Tatbeständen entgegen, die einer durch den Konkurszweck gegebenen inneren Begrenzung entsprechen,einer bereits bei Konkurseröffnung bestehenden konkursfesten Position entstammen oder durch überragende allgemeine Rechtsgüter bzw. direkte öffentliche Interessen gedeckt sind." Allerdings ist gerade der letzte Gesichtspunkt (3."materiale" Stufe),unter

---

22)s.oben S.85-89 u. S.94-96; vgl.auch Zusammenfassung S.129

23)s.oben S.101,102; vgl.auch Zusammenfassung S.129

24)s.oben S.182-187; vgl.auch Zusammenfassung S.223

25)s.oben S.96-99; vgl.auch Zusammenfassung S.129

26)s.oben S.106-116; vgl.auch Zusammenfassung S.130

27)s.oben S.160-165 u. S.169,170; vgl.Zusammenfassung S.222

28)s.oben S.187-195; vgl.auch Zusammenfassung S.223

29)s.oben S.116-119; vgl.auch Zusammenfassung S.130

30)s.oben S.103-106; vgl.auch Zusammenfassung S.129

31)s.oben S.196-198; vgl.auch Zusammenfassung S.223

32)s.oben S.120; vgl.auch Zusammenfassung S.130

33)s.oben S.120-126; vgl.auch Zusammenfassung S.130

34)s.oben S.126,127; vgl.auch Zusammenfassung S.130

den die eigentlichen echten Ausnahmen fallen,in dieser Form wenig aufschlußreich.Denn man kann im Einzelfall wohl streiten,ob und welche überragenden allgemeinen Rechtsgüter vorrangig und ausschlaggebend sind.Eine derart gefaßte Formel wäre also nicht geschlossen genug,um alle Ausnahmetatbestände abschließend einzugrenzen.

2. Wertausgleich zugunsten der Konkursmasse

Innerhalb der dritten "materialen" Stufe könnte man aus der Sicht der Konkursmasse auf den Wertausgleichsanspruch abstellen,der jeweils direkt mit dem Rechtsverlust verbunden ist.

Immerhin hat die Konkursmasse fast immer einen Bereicherungs- oder Entschädigungsanspruch,wenn sie die Änderung der äußeren Zuordnung wegen des Vorrangs allgemeiner Rechtsgüter oder direkter öffentlicher Interessen hinnehmen muß.[35] Jedoch gibt es auch einige Fälle, in denen der Masse keinerlei Ausgleich zusteht,so beim Erwerb durch Buchersitzung (§§ 900,901 BGB)[36],durch Überhang,Überwuchs und Überfall (§§ 910,911 BGB)[37]und durch Einzug eines Bienenschwarms gem.§ 964 BGB.[38] Nur hier muß die Masse zusätzlich den endgültigen Übergang der inneren wertmäßigen Zuordnung hinnehmen.Jedoch fällt dieser Verlust in den Fällen der §§ 900,901, 910,911 und 964 BGB wirtschaftlich kaum ins Gewicht. Denn die Massegegenstände sind schon vorher praktisch wertlos.Trotzdem aber würde eine Formel,die auf den direkt mit dem jeweiligen Rechtsübergang verbundenen Wertausgleichsanspruch abstellt,nicht vollständig sein.Daher sind weitere Kriterien zu suchen.

---

35)vgl.Zusammenfassungen S.130 und S.222,223.Der Liegenschaftserwerb direkt vom Gemeinschuldner gem.§ 15 S.2 KO i.V.m.§§ 892,893 BGB bleibt dabei unberücksichtigt (vgl.oben S.52,53).

36)s.oben S.196-198

37)s.oben S.103-106

38)s.oben S.101,102

3. Rechtsbeziehung des Gemeinschuldners zum Erwerbstatbestand

Um weitere Gesichtspunkte für die Erfassung der echten Ausnahmen (3."materiale" Stufe) zu finden,könnte man den Einfluß des Gemeinschuldners auf die Erwerbstatbestände untersuchen.Als Ausgangspunkt bietet sich dabei die bereits im geschichtlichen Überblick[39] erwähnte Ansicht der Reichstagskommission von 1899 an: § 15 KO solle nur den Erwerb vereiteln,der auf Grund eines Rechtsverhältnisses zum Gemeinschuldner erfolge. Der Anwendungsbereich des § 15 KO beschränke sich auf die Fälle,in denen die Handlung des Gemeinschuldners vor Konkursbeginn liege,zum Erwerb jedoch noch eine weitere Tatsache nötig sei.[40] Danach wollen wir prüfen,ob unter allen echten Ausnahmen zu § 15 KO nur Tatbestände zu finden sind,die nicht auf einem vorherigen Zutun des Gemeinschuldners beruhen.Dabei können wir den Erwerb gem.§ 15 S.2 KO i.V.m.§§ 892,893 BGB ausschließen.Denn diese in § 15 S.2 KO selbst vorgesehene Einschränkung darf bei einer Formel,die gerade alle nicht ersichtlichen Ausnahmen erfassen will,außer Acht bleiben.

Die Rechtsänderungen,welche allein kraft Gesetzes eintreten,erfolgen nicht auf Grund einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners: so die Erweiterung gem.§ 949 S.3 BGB i.V.m.§§ 946 ff.BGB[41],der Eigentumserwerb gem. §§ 946 ff.BGB[42],der Erwerb des Bienenschwarms gem. § 964 BGB[43],der Funderwerb gem.§ 973 BGB[44],der Fruchterwerb gem.§ 955 BGB[45]und der Ersitzungserwerb gem. §§ 937,1033 BGB[46],bei denen der Eigenbesitz von einem Dritten abgeleitet wurde,der Fruchterwerb gem.§ 957 BGB[47],der Erwerb durch Überwuchs,Überhang und Überfall

---

39)vgl.oben S.9
40)vgl.oben S.9
41)vgl.oben S.85-89
42)vgl.oben S.94-99
43)vgl.oben S.101,102
44)vgl.oben S.182-187
45)vgl.oben S.160-165
46)vgl.oben S.187-195
47)vgl.oben S.169,170

gem.§§ 910,911 BGB[48] und die Buchersitzung gem.§ 900 BGB.[49] Ein vorheriges Zutun des Gemeinschuldners fehlt ebenfalls beim gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerb,der auf der Verfügung eines Dritten beruht.[50] Diesen Rechtsverlust hat er allenfalls durch Überlassung der Sache an den Dritten "veranlaßt",das ist aber keine zum Erwerbstatbestand gehörende Rechtshandlung.Unabhängig von einer Tätigkeit des Gemeinschuldners sind schließlich auch die Rechtsänderungen,die im Zuge hoheitlicher Maßnahmen erfolgen,wie bei der Zwangsverwertung[51],der Enteignung[52] und der strafrechtlichen Einziehung und Unbrauchbarmachung.[53]

Es läßt sich demnach feststellen,daß alle gegenüber § 15 KO durchdringenden echten Ausnahmen (3."materiale" Stufe) nicht auf einer vorherigen Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruhen.Damit ist jedoch noch nicht gesagt,daß grundsätzlich alle Tatbestände,die sich ohne ein Zutun des späteren Gemeinschuldners verwirklichen,auch von § 15 KO unberührt bleiben.Ob dieses Merkmal wirklich für eine Formel brauchbar ist, wird erst die spätere Kontrolle an Hand aller gegen § 15 KO verstoßenden Tatbestände zeigen.

4. Wirksamkeit des Erwerbs gegen jeden anderen Berechtigten

Als weiteres Kriterium für alle echten Ausnahmen könnte die Tatsache entscheidend sein,daß auch jeder andere den Erwerb gegen sich gelten lassen müßte. Wir wollen dabei unterstellen,der Gemeinschuldner wäre Nichtberechtigter,an seiner Stelle würden die Massegegenstände und auch Sicherungsrechte an denselben anderen Dritten zustehen.Ausgangspunkt ist dabei die

---

48)vgl.oben S.103-106
49)vgl.oben S.196-198
50)vgl.oben S.106-116
51)vgl.oben S.116-119
52)vgl.oben S.120
53)vgl.oben S.120-126

Überlegung:Die Konkursgläubiger können nicht mehr Rechte und damit auch nicht mehr Schutzmöglichkeiten beanspruchen als jeder andere (an Stelle des Gemeinschuldners stehende) "wahre" Eigentümer oder sonstige dingliche Berechtigte.Zudem ließ sich beispielsweise beim Rangtausch zweier Realgläubiger gem.§ 880 II BGB ein Verstoß gegen § 15 KO nur damit erklären,daß gem. § 880 III BGB die Zustimmung eines Drittberechtigten notwendig gewesen wäre.[54] Prüfen wir nun die Tatbestände,die in der 3."materialen"Stufe als echte Ausnahmen gegenüber § 15 KO durchdringen.Würden sie auch gegenüber jedem anderen Eigentümer oder Sicherungsberechtigten wirksam sein?

Bei der Erweiterung von Absonderungsrechten gem.§ 949 S.3 BGB i.V.m.§§ 946 ff.BGB[55] erlöschen gem.§ 949 S.1 BGB das Eigentum an der hinzutretenden Sache und alle sonstigen bestehenden Rechte.Das gleiche gilt beim Eigentumserwerb durch Verbindung und Vermischung gem.§§ 946-948 BGB.[56] Bei der Verarbeitung gem.§ 950 BGB[57] gehen die am Stoff bestehenden Rechte gem.§ 950 II BGB unter.Eigentum und sonstige Rechte am eingezogenen Bienenschwarm (§ 964 BGB)[58] erlöschen gem.§ 964 S.2 BGB. Zum Untergang aller bestehenden Rechte führt auch der Eigentumserwerb gem.§§ 910,911 BGB.[59] So kann zum Beispiel eine Hypothek auch gem.§ 1120 BGB nicht mehr Früchte erfassen,welche gem.§ 911 BGB in das Eigentum des Nachbarn gefallen sind.

Beim gutgläubigen Erwerb durch Verfügungen Dritter[60] erfolgt der Übergang unbeweglicher Sachen[61] gem.§ 892 I BGB frei von nicht eingetragenen Belastungen.[62]

---

54)vgl.oben S.79-82

55)s.oben S.85-89

56)s.oben S.94-96

57)s.oben S.96-99

58)s.oben S.101,102

59)s.oben S.103-106

60)s.oben S.106-116

61)s.oben S.106-108

62)s.oben S.106-108; vgl.besonders Soergel-Baur § 892 Anm.46

Dementsprechend kann auch der Erwerb gegenüber § 15 KO nur durchdringen,falls der Konkursvermerk nicht eingetragen ist.Beim Erwerb beweglicher Sachen[63] erlöschen sämtliche Rechte Dritter gem.§ 936 I S.1 BGB. Dasselbe ergibt sich beim gutgläubigen Nießbrauchserwerb aus § 1032 S.2 BGB i.V.m.§ 936 BGB und bei der Veräußerung einer Sache als Pfand aus § 1244 BGB i.V.m. § 936 BGB.Beim gutgläubigen Pfandrechtserwerb müssen gem.§ 1208 BGB vorher bestehende Rechte Dritter zurückstehen.Auch gilt die gutgläubige Leistung des Drittschuldners an den bisherigen Gläubiger gem.§ 407 BGB[64] gegenüber jedem Neugläubiger.

Bei der Zwangsversteigerung[65] erwirbt der Ersteher lastenfreies Eigentum,unabhängig davon ob der Vollstrekkungsschuldner Eigentümer war oder noch andere Rechte Dritter vorher bestanden.[66] Diese setzen sich lediglich am Erlös fort.Das gilt auch,wenn der Vollstrekkungsgläubiger selbst erwirbt.[67] Auch der Hoheitsakt der Enteignung (Art.14 III GG)[68] wirkt ohne Rücksicht darauf,wer Eigentümer des Grundstücks ist.[69] Zum Eigentum im Sinne des Art.14 GG gehören alle subjektiven privaten vermögenswerten Rechte,also auch beschränkte dingliche Rechte wie Grundpfandrechte,Pfandrechte oder sonstige Sicherheiten.[70] Im Rahmen der strafrechtlichen Einziehung und Unbrauchbarmachung[71] ergreift nur die Sicherungseinziehung gem.§ 40 II Nr.2 StGB unterschiedslos auch das Eigentum Tatunbeteiligter.[72] Hier hat das Gericht gem.§ 41a II S.2 StGB zudem das Erlö-

---

63) s.oben S.108-114
64) s.oben S.115,116
65) s.oben S.116-119
66) s.oben S.116 m.w.N. (Fn.382)
67) s.oben S.118 m.w.N. (Fn.393)
68) s.oben S.120
69) vgl.Westermann § 85 III 1a
70) vgl.v.Mangoldt-Klein GG Art.14 Anm.III 1b m.w.N.
71) s.oben S.120-126
72) s.oben S.124 (Fn.419)

schen von Drittrechten anzuordnen.[73] Entsprechendes gilt bei der Unbrauchbarmachung gem.§ 41 StGB,da es sich dort regelmäßig um gefährliche Gegenstände im Sinne des § 40 II Nr.2 StGB handelt.[74] Gerade nur in diesen Fällen entfiel der Schutz der Konkursgläubiger gem.§ 15 KO.[75] Auch bei der zoll- und steuerrechtlichen Haftung bleiben gem.§ 121 I S.1 AbgO[76] Rechte Dritter unberücksichtigt.

Beim Fruchterwerb gem.§ 955 BGB[77] erlöschen,wenn man unserer Parallele zum gutgläubigen Erwerb durch Verfügungen Dritter[78] folgt,nicht nur gem.§ 955 BGB die Rechte des Eigentümers,sondern auch entsprechend § 936 I S.1 BGB alle sich auf die Früchte erstreckenden Drittrechte (z.B.Pfandrecht).[79] Die Ausnahme zugunsten von Grundpfandrechten gem.§ 1121 II S.1 BGB kommt nur in Betracht,falls diese im Grundbuch eingetragen sind.Eine nicht eingetragene oder zu Unrecht gelöschte Hypothek erstreckt sich nicht auf die gutgläubig erworbenen Früchte.[80] Entsprechend ist auch der gutgläubige Erwerb von Grundstücksfrüchten nur gegenüber § 15 KO wirksam,wenn der Konkursvermerk fehlt.Beim Fruchterwerb gem.§ 957 BGB[81] vom Nichtberechtigten erlöschen ebenfalls Eigentum und sonstige dingliche Rechte an den Früchten.Gleiches gilt beim Funderwerb gem.§ 973 BGB.[82] Auch die Buchersitzung[83] vernichtet unter den Voraussetzungen der §§ 900,901 BGB alle nicht eingetragenen Eigentumsrechte und sonstigen dinglichen Rechte.

---

73)s.oben S.124 (Fn.421)

74)s.oben S.124 (Fn.422)

75)vgl.oben S.124

76)s.oben S.126,127; -- davon abgesehen läßt sich die Haftung gem.§ 121 AbgO bereits den gem.§§ 57 ff.KO wirksamen Tatbeständen zurechnen,vgl.S.224 (Fn.6).

77)s.oben S.160-165

78)s.oben S.162-165

79)vgl.Palandt-Degenhart § 1212 Anm.1

80)vgl.Palandt-Degenhart § 1121 Anm.5a

81)s.oben S.169,170

82)s.oben S.182-187

83)s.oben S.196-198

Schwierigkeiten könnten sich schließlich nur noch bei der Ersitzung beweglicher Sachen gem.§§ 937 ff.BGB[84] ergeben.Denn gem.§ 945 BGB erlöschen mit dem Eigentumserwerb nur die vor dem Erwerb des Eigenbesitzes begründeten Drittrechte.Dagegen bleiben die Rechte, welche später vom Ersitzenden oder vom früheren Eigentümer bestellt wurden,bestehen.[85] In aller Regel dürfte ein Konkursverfahren,das bei Ablauf der 10jährigen Ersitzungsfrist noch andauert,ebenfalls erst in der Zeit nach dem Eigenbesitzerwerb des Ersitzenden eröffnet worden sein.Entsprechend müßte der in dritter Hand konkursfest Ersitzende[86] also zugleich begründete Drittrechte gegen sich gelten lassen.Demnach würde unser Ausgangskriterium nicht mehr stimmen.Ein Pfandrecht kommt hier jedoch nicht in Betracht,denn der Ersitzende kann nicht Besitzmittler sein.[87] Man könnte aber an eine Hypothek denken,der die ersessene Sache als Zubehör haftet.Die Enthaftungsvoraussetzungen sind mit der Eigenbesitzbegründung nicht gegeben.Theoretisch könnte sich also eine später entstehende Hypothek auch auf die Sache erstrecken,die bereits im Eigenbesitz eines Dritten steht.Dann müßte aber diese Sache auch noch Zubehöreigenschaft haben.Eine wichtige Voraussetzung des Zubehörbegriffs ist das dem wirtschaftlichen Zweck entsprechende räumliche Verhältnis zwischen Hauptsache und Zubehör.Ein solches wird häufig bereits fehlen,wenn der Besitzer der Hauptsache nicht auch die tatsächliche Gewalt über das Zubehör ausübt.[88] Denkbar ist danach ein Zubehörverhältnis wohl noch,wenn der Eigenbesitzer seinen Besitz direkt vom Eigentümer ableitet.In diesem Fall scheitert die Ersitzung auch auch an § 15 KO.[89] Ist aber ein Dritter,der keinen Kontakt zum Eigentümer hat,im Eigenbesitze der Sache,so dürfte regelmäßig die Zubehöreigenschaft fehlen.Dann fällt die ersessene Sache

---

84)s.oben S.187-195

85)Palandt-Degenhart § 945 Anm.3; Wolff-Raiser § 71 V

86)s.oben S.194,195

87)vgl.Westermann § 51 IV 1

88)vgl.Staudinger-Coing § 97 Anm.20 a.E.

89)s.oben S.187-194

auch nicht in den Haftungsverband der Hypothek.Sie kann allerdings mit einem gem.§ 1032 BGB i.V.m.§ 931 BGB bestellten Nießbrauch belastet sein.[90] Ein Einzelnießbrauch an beweglichen Sachen kommt aber kaum vor.[91] Auf jeden Fall bleibt unser Ausgangskriterium bestehen,wenn wir es auf Sicherungsrechte (Faustpfand, Hypothek usw.) beschränken.Die Lage der Konkursgläubiger ist auch nur mit der von Sicherungsberechtigten, nicht aber mit der Situation von Nießbrauchern,vergleichbar.

Abschließend ist festzuhalten: Alle in der 3."materialen" Stufe gegenüber § 15 KO durchdringenden Erwerbstatbestände - die echten Ausnahmen - würden nicht nur das Eigentum jedes anderen (an Stelle des Gemeinschuldners) Berechtigten,sondern auch sämtliche Sicherungsrechte Dritter zum Erlöschen bringen.Man kann sogar noch einen Schritt weiter gehen: Der Schutz des § 15 KO versagt gerade in den Fällen,in denen auch die Rechte von Pfandgläubigern untergehen würden.Die heute im Anschluß an die Motive allgemein abgelehnte Theorie vom Konkurspfandrecht[92]der Gläubiger wäre demnach geeignet,brauchbare Erklärungen für die gegenüber § 15 KO wirksamen Tatbestände zu liefern.Für eine abschließende Formel wird dieses Kriterium aber nur brauchbar sein,wenn es der Kontrolle an Hand der an § 15 KO scheiternden Tatbestände standhält.

II. Kontrolle an Hand der an § 15 KO scheiternden Tatbestände

Die im Rahmen der echten Ausnahmen (3."materiale" Stufe) herausgearbeiteten wesentlichen Merkmale (Wertausgleich,fehlendes vorheriges Zutun des Gemeinschuldners,Wirksamkeit gegen jeden anderen Sicherungsberechtigten) sind nun zu überprüfen.Sie können nur dann ei-

---

90)vgl.Palandt-Degenhart § 945 Anm.3

91)vgl.Westermann § 139 I

92)Einzelheiten bei Jaeger-Lent KO Vorb.II zu §§ 6-9; Jaeger KO § 3 Anm.47 ff. m.w.N.; Mentzel-Kuhn KO § 3 Anm.1

ner umfassenden Formel zugrundeliegen,wenn sie nicht zugleich bei einem der Tatbestände zu finden sind,die an § 15 KO scheitern.Daher wollen wir zunächst alle wesentlichen Erwerbsvorgänge aufführen,die gegen § 15 KO verstoßen und damit gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam sind.Anschließend sind die genannten Kriterien zu kontrollieren.

1. Aufzählung aller wesentlichen Verstöße gegen § 15 KO

§ 15 KO verhindert einen Verlust oder eine Belastung
(1) von beweglichen Sachen der Konkursmasse durch
a)rechtsgeschäftlichen gutgläubigen Eigentums- oder Pfandrechtserwerb aus der Hand des Gemeinschuldners;[93]
b)Fruchterwerb gem.§ 955 BGB,soweit der Besitz nicht durch Verfügungen Dritter erlangt wurde;[94]
Fruchterwerb gem.§ 956 BGB,falls der Erwerber nicht eine konkursfeste Position analog § 161 I S.2 BGB i.V.m.§§ 956 I S.2 BGB,21 I KO innehatte;[95]
c)Ersitzungserwerb gem.§§ 937 ff.,1033 BGB,soweit der Besitz nicht durch Verfügungen Dritter erlangt wurde;[96]
d)nachträglich wirksam werdende Verfügung gem.§ 185 II S.1 2.Alt.BGB;[97]
e)Erweiterung der Hypothek auf Zubehör gem.§ 1120 BGB, falls dieses vorher als unbelastete Massesache bestand;[98]
f)nachträgliches Entstehen oder Erweiterung von gesetzlichen Pfandrechten (§ 49 I Nr.2 KO)[99],Zurückbehal-

---

93)s.oben S.54-56.-- In aller Regel dürfte jedoch bereits § 7 KO entgegenstehen,sei es,daß beim Eigentumserwerb noch die Übergabe fehlt,oder beim Pfandrechtserwerb der Übergabeersatz gem.§ 1205 II BGB, auch wenn ein Vertreter des Gemeinschuldners handelt.

94)s.oben S.160-165

95)s.oben S.166-169

96)s.oben S.187-195

97)s.oben S.135

98)s.oben S.90-92

99)vgl.Jaeger-Lent KO § 15 Anm.21.-- Beim gutgläubigen Erwerb dürfte jedoch,im Gegensatz zu Jaeger-Lent KO § 49 Anm.11,bereits § 7 KO eingreifen.Einbringung, Übergabe und Besitzerlangung sind Rechtshandlungen im weiten Sinne des § 7 KO.Zum gutgläubigen Erwerb gesetzlicher Pfandrechte vgl.Mentzel-Kuhn § 49 Anm.20

tungsrechten (§ 49 I Nr.3 KO)[100] oder kaufmännischen Zurückbehaltungsrechten (§ 49 I Nr.4 KO)[101], soweit der Erwerb nicht nach den Grundsätzen der §§ 6,17 ff. KO[102] oder §§ 57 ff.KO[103] im Konkurs durchdringt;

g) strafrechtliche Einziehung gem.§§ 40 ff.StGB, falls diese nicht sicherungsbedingt ist;[104]

h) Erwerb eines Pfändungspfandrechts nach verfrüht vorgenommener mangelhafter Pfändung;[105]

i) Erwerb eines Pfändungspfandrechts im Zwangswege zugunsten unanmeldbarer Ansprüche;[106]

(2) von unbeweglichen Sachen der Konkursmasse durch

a) Eintragung einer Grundstücksübereignung;[107]

b) Bestellung von Buch- und Briefpfandrechten;[108]

c) Bestellung von Dienstbarkeiten;[109]

d) Begründung von Reallasten;[110]

e) Übertragung oder Belastung von Schiffen und Schiffsrechten;[111]

f) Eintragung einer Vormerkung;[112]

g) Eintragung einer nachträglichen rechtsgeschäftlichen Erhöhung von Nebenleistungen (§§ 1119,1115 BGB);[113]

h) Rangtausch gem.§ 880 II S.1 BGB, wenn nur der zurücktretende, nicht aber zugleich der vortretende Realgläubiger auch Konkursgläubiger ist;[114]

---

100) Jaeger-Lent KO § 15 Anm.21, § 49 Anm.43; Mentzel-Kuhn KO § 49 Anm.26; Böhle-Stamschräder § 49 Anm.6

101) Jaeger-Lent KO § 15 Anm.21

102) s.oben S.45

103) s.oben S.47,48

104) s.oben S.120-126

105) Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.9b

106) Jaeger-Lent KO § 15 Anm.4; vgl.auch oben S.25

107) s.oben S.51 in Abgrenzung zu § 15 S.2 KO i.V.m. § 878 BGB; vgl.auch Jaeger-Lent KO § 15 Anm.39

108) Jaeger-Lent KO § 15 Anm.14; Mentzel-Kuhn § 15 Anm.9a

109) Jaeger-Lent KO § 15 Anm.15

110) Jaeger-Lent KO § 15 Anm.16

111) Jaeger-Lent KO § 15 Anm.17

112) Jaeger-Lent KO § 15 Anm.39 a.E.

113) Jaeger-Lent KO § 15 Anm.28; Mentzel-Kuhn § 15 Anm.14

114) s.oben S.79-82

i)Auswechselung der gesicherten Forderung (§ 1180 BGB);[115]

k)Eintragung einer Sicherungshypothek gem.§ 128 ZVG im Konkurs des meistbietenden Gemeinschuldners;[116]

l)Eintragung einer Zwangshypothek zugunsten unanmeldbarer Ansprüche;[117]

(3) von Rechten der Konkursmasse durch

a)Abtretung und Verpfändung künftiger Forderungen;[118]

b)Verpfändung einer gegenwärtigen Forderung,wenn die Anzeige gem.§ 1280 BGB erst später erfolgt;[119]

c)Blankoabtretung und Blankoverpfändung von Grundpfandrechten;[120]

d)Abtretung und Verpfändung von hypothekarisch gesicherten Forderungen,Brief- und Buchpfandrechten;[121]

e)Übertragung von Reallasten.[122]

In vielen dieser Fälle ist zunächst zu prüfen,ob nicht bereits § 7 KO[123] oder § 14 KO[124] entgegensteht.Zudem kann der Erwerb auch durch die Ausnahme des § 15 S.2 KO gedeckt sein.[125] Nur soweit diese Vorschriften nicht zum Zuge kommen,greift § 15 S.1 KO ein.

---

115)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.26^2,39

116)Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.9c

117)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.4; vgl.auch oben S.25 in Abgrenzung zu § 14 KO

118)s.oben S.149-158

119)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.19; Mentzel-Kuhn KO § 15 Anm.9a; vgl.auch oben S.158

120)s.oben S.171-176

121)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.14

122)Jaeger-Lent KO § 15 Anm.16

123)§ 7 KO kommt besonders in den Fällen 1.a,d,e,f,2.a, b,c,d,e,f,g,i,3.a-e in Betracht.Zur Abgrenzung zwischen § 7 KO und § 15 KO allgemein s.oben S.20-24

124)§ 14 KO kommt in den Fällen 1.h und 2.k (nicht aber 1.i und 2.l) in Betracht.Zur Abgrenzung zwischen § 14 KO und § 15 KO vgl.oben S.25

125)Die Ausnahmevorschrift des § 15 S.2 KO ist besonders in den Fällen 2.a-i und 3.d,e zu prüfen.Zur Bedeutung des § 15 S.2 KO allgemein s.oben S.49-56

2. Kontrolle des Wertausgleichskriteriums

Bei keinem der eben aufgeführten an § 15 KO scheiternden Tatbestände wäre direkt mit dem Rechtsübergang ein Wertausgleichsanspruch[126] zugunsten der Konkursmasse gegeben. In dieser Hinsicht ist also eine Formel, die alle echten Ausnahmefälle unter dem Gesichtspunkt "Wertausgleich" erfassen will, abgesichert. Das ändert jedoch nichts an den oben[127] erwähnten Bedenken, denn eine solche Formel wäre nur lückenhaft.

3. Kontrolle der Rechtsbeziehung des Gemeinschuldners zum Erwerbstatbestand

Zu prüfen bleibt unser weiteres Merkmal, wonach grundsätzlich alle Tatbestände von § 15 KO unberührt bleiben, die sich unabhängig von einem vorherigen Zutun des Gemeinschuldners verwirklichen.[128] In der Regel beruht der an § 15 KO scheiternde Erwerb wirklich auf einer vor Konkursbeginn liegenden Tätigkeit des Gemeinschuldners, ohne daß der Erwerber eine konkursfeste Anwartschaft hat.[129] Das gilt jedoch nicht in den Fällen, in denen § 15 KO als Ergänzung des § 14 KO wirksame Zwangsvollstreckungsmaßnahmen verhindert (1.h,i,2.k,l). Darüber hinaus finden sich auch außerhalb der Zwangsvollstreckung weitere Erwerbstatbestände, denen nicht eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners zugrundeliegt. Hierzu zählen die Erweiterung der Hypothek auf Zubehör[130], das vorher unbelastet zur Konkursmasse gehörte (1.e), die nicht sicherungsbedingte strafrechtliche Einziehung (1.g) und der Rangtausch zweier Realgläubiger, bei dem gem. § 880 II S.1,2 BGB keine Zustimmung des Eigentümers erforderlich ist (2.h). Daher reicht eine Formel, die alle echten Ausnahmen zu § 15 KO lediglich mit "fehlendem vorherigen Zutun des Gemeinschuldners" erfassen will, nicht aus.

---

126) zum Wertausgleichskriterium s. oben S.227

127) oben S.227

128) zu diesem Kriterium s. oben S.228,229

129) so in den Fällen 1.a,b,c,d,f,2.a,b,c,d,e,f,g,i, 3,a,b,c,d,e. Dabei ergänzt § 15 KO den § 7 KO.

130) Auch Dritte können Zubehöreigenschaft verleihen, vgl. oben S.92 (Fn.267)

4. Kontrolle der Wirkung gegen jeden anderen Berechtigten

Schließlich bleibt unser letztes Kriterium, wonach der konkursfeste Rechtserwerb auch gegenüber jedem anderen (an Stelle des Gemeinschuldners stehenden) Eigentümer und allen dinglichen Sicherungsberechtigten wirksam wäre.[131] Dieses Merkmal schließt auch die an § 15 KO scheiternden Tatbestände aus, welche nicht auf einer vorherigen Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruhen: Gegenüber einem fremden Eigentümer oder sonst dinglich Berechtigten, etwa dem Inhaber eines Pfandrechts, wäre der wirksame Erwerb eines Pfändungspfandrechts, einer Sicherungshypothek oder einer Zwangshypothek nicht möglich (1.h,i,2.k,l).[132] Auch erstreckt sich die hypothekarische Haftung gem.§ 1120 BGB nicht auf fremdes Zubehör. Zudem würde ein bereits bestehendes Pfandrecht am Zubehör nicht erlöschen (1.e).[133] Bei einer nicht sicherungsbedingten strafrechtlichen Einziehung (1.g) bleiben das Eigentum Tatunbeteiligter und dingliche Sicherungsrechte Dritter bestehen.[134] Der Rangtausch gem.§ 880 II S.1 BGB kann zwar ohne Mitwirkung des Eigentümers erfolgen (2.h), jedoch ist die Zustimmung des Drittberechtigten nötig, dessen Recht das zurücktretende Recht belastet.[135] In dieser Hinsicht ist unser Kriterium also durchaus brauchbar.

Es würde allerdings auch einige Fälle umfassen, die nicht gegenüber § 15 KO durchdringen: Der gutgläubige Fahrniserwerb (1.a) wäre gem.§ 936 I S.1 BGB, der Fruchterwerb (1.b) gem.§ 955 II BGB[136] und der Ersitzungserwerb (1.c) gem.§ 945 BGB[137] nämlich doch gegenüber jedem anderen Eigentümer und sonst dinglich Berechtigten wirksam. Diese

---

131) zu diesem Kriterium s.oben S.229-234

132) so die heute h.M. (privatrechtliche Theorie), vgl.Nachweise bei Lent-Jauernig § 16 III A 1,2

133) s.oben S.92

134) s.oben S.122,123

135) vgl.§ 880 III BGB, s.auch oben S.80

136) Palandt-Degenhart § 955 Anm.3; RGRK-Johannsen § 955 Anm.11

137) vgl.aber auch Differenzierung oben S.233,234

Tatbestände beruhen jeweils auf einem vorherigen Zutun des Gemeinschuldners.Daher könnte man zunächst daran denken,unsere beiden zuletzt geprüften Kriterien zu ergänzen.Demnach würde folgende Formel alle echten Ausnahmen zu § 15 KO erfassen und abgrenzen: "Alle Erwerbstatbestände,die sich ohne vorheriges Zutun des Gemeinschuldners verwirklichen und zudem gegenüber jedem anderen (an Stelle des Gemeinschuldners) Berechtigten und allen sonstigen dritten dinglichen Sicherungsberechtigten wirksam sein würden,setzen sich auch gegenüber § 15 KO durch."

Man kann sich aber auch mit dem Gedanken helfen,daß die drei zuletzt genannten Fallgruppen (1.a,b,c) nur deshalb an § 15 KO scheitern,weil der gute Glaube beim Fahrniserwerb direkt vom Gemeinschuldner nicht geschützt wird.Dann können wir eine Formel entwickeln,die sich nach einem Vergleich der Konkursgläubiger mit den durch ein Pfandrecht gesicherten Gläubigern anbietet[138] und zudem kürzer ist.Die nicht konkursfesten Tatbestände des gutgläubigen Fahrniserwerbs (1.a),des Fruchterwerbs durch den gutgläubigen Eigen- oder Nutzungsbesitzer (1.b) und des Ersitzungserwerbs (1.c) zeigen,daß der Schutz der Konkursgläubiger über den normaler Pfandgläubiger noch hinausgeht.Letztere sind vor einem gutgläubigen lastenfreien Erwerb direkt vom Eigentümer nicht unbedingt abgesichert.Hingegen bleibt der gute Glaube desjenigen,der unmittelbar vom Gemeinschuldner oder dessen Vertreter erwirbt,den Konkursgläubigern gegenüber niemals geschützt.Ansonsten aber haben die Konkursgläubiger den Rechtsverlust hinzunehmen,den auch der Inhaber eines Pfandrechts tragen müßte: "Der dingliche Schutz des § 15 KO versagt nur in den Fällen,in denen auch das Recht eines Pfandgläubigers erlöschen würde,wobei jedoch gutgläubiger Fahrniserwerb vom Gemeinschuldner ausgeschlossen bleibt."

---

138)vgl.schon oben S.234

III. Ergebnis

1. Alle gegenüber § 15 KO durchdringenden Tatbestände lassen sich unter den wesentlichen inneren rechtlichen Gesichtspunkten in drei "materiale" Stufen einordnen:

(1)Tatbestände,die einer dem Konkurszweck (Verfügungen des Konkursverwalters,Verwirklichung von Masseansprüchen) zu entnehmenden inneren Begrenzung des § 15 KO entsprechen.

(2)Tatbestände,die dazu dienen,eine bereits bei Konkurseröffnung bestehende konkursfeste Position (Absonderungsrecht,dingliches Gestaltungsrecht,konkurssichere Erwerbsaussicht) zu verwirklichen.

(3)Tatbestände,die durch überwiegende Rechtsgüter der Allgemeinheit oder direkt durch öffentliche Interessen gedeckt sind.

Die in der 2."materialen" Stufe genannte Einschränkung des § 15 KO deutet sich bereits in § 15 S.2 KO i.V.m. § 878 BGB an.Auf den Vorrang überragender allgemeiner Rechtsgüter (3."materiale" Stufe) weist schon § 15 S.2 KO i.V.m.§§ 892,893 BGB (öffentlicher Glaube des Grundbuchs) hin.Die 3."materiale" Stufe beschreibt zwar zutreffend den Hintergrund der "echten" Ausnahmen.Sie ist jedoch in der genannten Form nicht geeignet,alle Ausnahmetatbestände eindeutig und zweifelsfrei abzugrenzen.

2. Stellt man aus der Sicht der Konkursmasse auf den Wertausgleichsanspruch ab,der jeweils mit dem Opfer zugunsten der vorrangigen Rechtsgüter oder der öffentlichen Interessen (3."materiale" Stufe) verbunden ist, so ließe sich der Ansatz für eine umfassende Formel finden.Jedoch sind auch Verluste ohne Ausgleich möglich,wie in den Fällen der §§ 900,910,911 und 964 BGB. Daher wäre eine derartige Formel nicht vollständig.Auf der anderen Seite ist sie allerdings abgesichert,denn sie würde nicht einen der gegen § 15 KO verstoßenden Tatbestände erfassen.

3. Allen echten Ausnahmen (3."materiale" Stufe) sind jedoch zwei Merkmale gemeinsam: Zum einen erfolgt der Erwerb jeweils ohne vorheriges Zutun des Gemeinschuldners.(Dabei bleibt die ausdrückliche Regelung des § 15 S.2 KO i.V.m.§§ 892,893 BGB außer Acht.) Zum anderen wäre der Rechtsverlust auch gegenüber einem anderen (an Stelle des Gemeinschuldners "wahren") Rechtsinhaber und gegenüber jedem dritten Sicherungsberechtigten ,wie etwa dem Inhaber eines Pfandrechts,wirksam.Jedes dieser beiden Kriterien würde jedoch auch zusätzlich einige der an § 15 KO scheiternden Tatbestände erfassen.Zunächst ergibt nur eine Ergänzung beider Merkmale eine begriffliche Formel,die sämtliche Ausnahmen abdeckt und auch abgrenzt.Daneben ist aber auch die Parallele zu den Sicherungsberechtigten allein verwertbar,wenn man einschränkend beachtet,daß der gute Glaube nicht bei dem Fahrniserwerb geschützt wird,der auf einem Verhältnis zum Gemeinschuldner beruht:

"Die Konkursgläubiger genießen gem.§ 15 KO dinglichen Schutz nach Art eines Pfandgläubigers,der sich jedoch beim Fahrniserwerb vom Gemeinschuldner nicht durch guten Glauben überwinden läßt."

Zusammenfassung

1.§ 15 KO ist ebenso wie der frühere § 12 KO Ausfluß des allgemeinen konkursrechtlichen Grundsatzes "par conditio omnium creditorum facta est".Im Gegensatz zum damaligen § 12 KO verhindert § 15 KO jedoch nicht nur den nachträglichen Erwerb von Absonderungsrechten durch einzelne Konkursgläubiger.Vielmehr steht die Vorschrift grundsätzlich jedem Eingriff in Rechte der Konkursmasse entgegen.

2.Zu den von § 15 KO geschützten "Rechten" gehören alle begrenzten dinglichen Rechte,auch Vorzugsrechte und Zurückbehaltungsrechte,und alle Vollrechte,neben dem Eigentum auch das Gläubigerrecht an einer Forderung.

3.Ein Rechtserwerb im Sinne des § 15 KO ist "absolut unwirksam".Folglich kann jeder die Unwirksamkeit geltend machen.Jedoch ist diese Rechtsfolge durch das Interesse der Konkursgläubiger "sachlich beschränkt". Der Konkursverwalter hat die Möglichkeit,Verstöße gegen § 15 KO durch Genehmigung rückwirkend zu heilen. Sobald die Interessengemeinschaft der Konkursgläubiger endet,also mit Abschluß des Konkursverfahrens,kann § 15 KO nicht mehr eingreifen.

4.Die Schutznorm des § 15 KO ist gegenüber anderen Vorschriften,die ebenfalls der Sicherung der Konkursmasse dienen,abzugrenzen:

a)Zu den "Ergänzungsvorschriften",die den Schutz der Masse bereits in die Zeit "vor" Konkursbeginn ausdehnen,gehören die Anfechtungsregeln der §§ 29 ff.KO,das allgemeine Veräußerungsverbot gem.§ 106 KO i.V.m.§§ 135, 136 BGB und die Verbote der §§ 62,63 VglO,die gem.§ 103 VglO im Anschlußkonkurs zugunsten der Konkursgläubiger gelten.

b)Zu den "Parallelvorschriften",die wie § 15 KO erst "nach" Konkurseröffnung eingreifen,zählen die §§ 3,7, 14 und 55 Nr.1 und 2 KO.

§ 3 KO verhindert das nachträgliche Entstehen von Konkursforderungen (Ausnahme § 67 KO) und damit grundsätzlich eine nachträgliche Vermehrung der Passivmasse.Gemäß § 7 KO sind alle die Masse berührenden Rechtshandlungen des Gemeinschuldners unwirksam (Ausnahme § 8 KO).§ 14 KO verbietet Vollstreckungsmaßnahmen zugunsten einzelner Konkursgläubiger während des Konkursverfahrens.§§ 55 Nr.1,2 KO schließlich vereitelt die Aufrechnung gegenüber Forderungen der Konkursmasse,falls die Aufrechnungslage erst nach Konkursbeginn herbeigeführt wurde.

§ 15 KO ergänzt den § 7 KO,wenn die den Rechtsverlust einleitende Rechtshandlung des Gemeinschuldners noch in die Zeit vor Konkurseröffnung fällt.§ 15 KO vervollständigt den Schutzgedanken des § 14 KO,soweit die Masse durch Vollstreckungsmaßnahmen von "Nichtkonkursgläubigern" bedroht wird.Darüber hinaus steht § 15 KO grundsätzlich aber auch allen weiteren Beeinträchtigungen der Aktivmasse entgegen,die ohne vorheriges Zutun des Gemeinschuldners und außerhalb der Einzelvollstreckung in Betracht kommen.

5.Dieser sehr weite Schutzbereich des § 15 KO ist aber nicht lückenlos.Vielmehr gibt es zahlreiche Erwerbstatbestände,die auch § 15 KO nicht verhindern kann.Diese lassen sich zunächst unter vorwiegend äußeren (formalen) Gesichtspunkten in drei Stufen einteilen,je nachdem ob sie schon nicht unter den "Wortlaut" des § 15 KO fallen,durch "ausdrücklich konkursfeste Normen" gedeckt sind oder aus "übrigen Gründen" gegenüber § 15 KO durchdringen.

a)Der Wortlaut des § 15 KO erfaßt nicht die bereits vor Konkursbeginn vollendeten Tatbestände,die lediglich sicherstellenden und rechtserhaltenden Maßnahmen und den Erwerb von nicht zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen.Die Rechtsübergänge kraft Gesetzes fallen nur unter die Fassung des § 15 KO,wenn die erworbenen oder belasteten Gegenstände vorher unbelastet zur Konkursmasse gehörten.

b)Im folgenden sind diese Fallgruppen nicht weiter zu erörtern.Die eigentlichen Begrenzungen,Einschränkungen und echten Ausnahmen zu § 15 KO finden sich unter den Tatbeständen der 2. und 3."formalen" Stufe.

6.Nach dieser vorwiegend äußeren Einteilung ist es möglich,auch die zugrundeliegenden inneren (materialen) Kriterien herauszuarbeiten.Danach kann man alle konkurssicheren Tatbestände in drei "materiale" Stufen einordnen:

a)Zunächst sind die Fälle zu nennen,die durch den "Konkurszweck" selbst gedeckt sind oder diesen zumindest nicht berühren (1."materiale" Stufe). Dazu zählen die Tatbestände,die durch Handlungen des Konkursverwalters erfolgen (§§ 6,17,117,134 Nr.2 KO) oder der Realisierung von Masseforderungen dienen (§§ 57 ff.KO).Zudem gehören hierzu auch die Erwerbsvorgänge,bei denen die Lage der Konkursmasse gar nicht beeinträchtigt wird,wie beim bloßen Wechsel des Rechtsträgers.Diese Tatbestände entsprechen einer dem Konkurszweck zu entnehmenden "inneren Begrenzung" des § 15 KO.

b)Dann sind die Erwerbsvorgänge zu erwähnen,die dazu dienen,eine bereits "bei Konkurseröffnung bestehende konkursfeste Position" zu verwirklichen (2."materiale" Stufe).Eine solche Position steht nur den Erwerbern zu,die sich direkt oder analog auf ausdrücklich konkursbeständige Vorschriften stützen können.Hierzu zählen:

die Absonderungsberechtigten (§ 4 II KO);

die dinglich Gestaltungsberechtigten,wie die Aufrechnungsbefugten (§ 53 KO),die Anfechtungsberechtigten (§ 142 BGB),die zur Herbeiführung einer Potestativbedingung Berechtigten (§ 161 I S.2 BGB) und die zur nachträglichen Fremdbestimmung befugten Putativschuldner (analog zu den dinglichen Gestaltungsrechten,vgl. besonders § 53 KO i.V.m.§ 389 BGB);

und die Inhaber einer konkursfesten Erwerbsaussicht, wie die gem.§ 878 BGB Berechtigten (§ 15 S.2 KO i.V.m. § 878 BGB),die Inhaber einer Vormerkung oder eines dinglichen Vorkaufsrechts (§§ 883 II S.2,1098 II BGB, § 24 KO),die bedingt Berechtigten (§ 161 I S.2 BGB), die Hinterlegungsgläubiger (§ 377 BGB),die Inhaber eines Rangvorbehalts (§ 161 I S.2 BGB analog i.V.m.§ 881 BGB),die bei noch ausstehender Drittgenehmigung Begünstigen (Gegenschluß aus § 184 II BGB),die aus einer Abtretung oder Verpfändung künftiger Forderungen Berechtigten,soweit die Forderungen aus konkursfesten Dauerschuldverhältnissen (vgl.§ 21 I KO) stammen (§ 161 I S.2 BGB analog i.V.m.§ 21 I,II KO),die gem.§ 956 BGB Fruchtziehungsberechtigten,soweit der Konkursverwalter an die Gestattung gem.§ 21 I KO gebunden ist (§ 161 I S.2 BGB analog i.V.m.§ 21 I KO),und die durch Blankoabtretung oder Blankoverpfändung von einfachen Forderungen Begünstigten (§ 161 I S.2 BGB analog).

aa)Nur die durch ausdrückliche Norm konkursbeständige Erwerbsaussicht kann man auch als "konkursfestes Anwartschaftsrecht" bezeichnen.Allein für sich gibt der Begriff der "Anwartschaft" aber nichts her.Die dabei zugrundeliegenden Vorschriften zeichnen sich dadurch aus,daß dem Konkursverwalter Verfügungsbefugnis und Einwirkungsmöglichkeit entzogen sind,obwohl die betreffenden Gegenstände zur Konkursmasse gehören (vgl.§§ 878, 883 II S.2,161 I S.2,377 I,184 II BGB,21 I,II,24 KO).

bb)In aller Regel beruht die konkursfeste Position des Erwerbers auf einer Rechtsbeziehung zum späteren Gemeinschuldner.Ebenso wie beim ausdrücklich gem.§ 15 S.2 KO i.V.m. §§ 892,893 BGB zulässigen gutgläubigen Liegenschaftserwerb ist der Gemeinschuldner regelmäßig selbst vorher tätig geworden.Daher versagt der Schutz des § 15 KO in Ergänzung des § 7 KO ausnahmsweise dann, wenn der Erwerber eine bereits bei Konkurseröffnung bestehende konkursfeste Position innehat oder durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gedeckt ist.

cc)Auch bei den Tatbeständen dieser 2."materialen" Stufe handelt es sich nicht um echte Ausnahmen zu § 15 KO. Vielmehr geht es hierbei lediglich um "Einschränkungen" des § 15 KO,die von der Konkursordnung selbst bereits in den §§ 4 II KO (Absonderungsrecht),53 KO (dingliches Gestaltungsrecht),15 S.2 KO i.V.m.§ 878 BGB (konkursfeste Erwerbsaussicht) und i.V.m.§§ 892,893 BGB (öffentlicher Glaube des Grundbuchs) vorgesehen sind.

c)Die wirklich "echten" Ausnahmen finden sich in der 3."materialen" Stufe.Bei diesen Tatbeständen sind "überwiegende Rechtsgüter der Allgemeinheit oder direkt öffentliche Interessen" ausschlaggebend.Sie verdrängen die gem.§ 15 KO geschützten Privatinteressen der Konkursgläubiger.Hierzu zählen:

der unabdingbare sachenrechtliche Grundsatz des § 93 BGB bei der gesetzlichen Erweiterung von Absonderungsrechten gem.§ 949 S.3 BGB i.V.m.§§ 946 ff.BGB,beim Eigentumserwerb durch Verbindung und Vermischung gem.§§ 946,947, 948 BGB und beim Einzug eines Bienenschwarms gem.§ 964 BGB;

das allgemeine Bedürfnis nach Klärung der dinglichen Zuordnung beim Funderwerb gem.§ 973 BGB;

die grundsätzliche Interessenwertung des § 950 BGB zugunsten der verarbeitenden Wirtschaftszweige und deren Kreditgeber;

der Schutz des redlichen Rechtsverkehrs,soweit er nicht auf direktem Kontakt zum Gemeinschuldner beruht,wie beim gutgläubigen Erwerb von Dritten gem.§§ 892,932 ff.BGB, beim Schutz des redlich leistenden Drittschuldners gem. § 407 BGB,beim vom nichtberechtigten Dritten abgeleiteten Fruchterwerb gem.§§ 955,957 BGB und Ersitzungserwerb gem.§§ 937,1033 BGB;

das allgemeine Vertrauen auf die Effektivität staatlicher Vollstreckungsmaßnahmen beim Erwerb im Wege der Zwangsverwertung;

das allgemeine Interesse an der Wahrung nachbarlichen Friedens beim Erwerb durch Überhang,Überwuchs und Überfall gem.§§ 910,911 BGB;

das allgemeine Interesse an der Beseitigung lebensunfähiger Rechtskrüppel bei der Buchersitzung gem. § 900 BGB und der Buchversitzung gem.§ 901 BGB;

und schließlich direkte Interessen der Öffentlichkeit,die keinem Privatmann zugute kommen,wie bei der Enteignung gem.Art.14 III GG,der sicherungsbedingten strafrechtlichen Einziehung und Unbrauchbarmachung gem.§§ 40 ff.StGB und der zoll- und steuerrechtlichen Haftung gem.§ 121 AbgO.

aa)In fast allen Fällen stehen der Konkursmasse Wertausgleichsansprüche (vgl.§ 951 BGB i.V.m.§§ 812 ff.BGB, § 977 BGB,§ 816 I BGB,§ 816 II BGB und § 812 BGB) oder Entschädigungsansprüche (vgl.Art.14 III GG und § 41c StGB) zu.Demnach bleibt die innere wertmäßige Zuordnung regelmäßig gewahrt.Schutz verdient nur der gutgläubige entgeltliche Erwerber,dessen Erwerb nicht auf vorherigem Zutun des Gemeinschuldners beruht.Daher muß sich die Konkursmasse im Rahmen der §§ 946 ff.BGB,des Fruchterwerbs (§§ 955,957 BGB) und der Ersitzung (§§ 937,1033 BGB) entsprechend § 816 I S.1 BGB an den verfügenden Dritten halten.Das gleiche gilt beim gem.§§ 892,932 ff.BGB wirksamen rechtsgeschäftlichen Erwerb vom Nichtberechtigten nach § 816 I S.1 BGB und bei der gem.§ 407 BGB wirksamen Leistungsannahme nach § 816 II BGB.

Ohne Ausgleichsanspruch bleibt die Konkursmasse lediglich in den Fällen der §§ 964,910,911,900 und 901 BGB.[1] Eine Formel,die auf den jeweils mit dem Rechtsverlust verbundenen Wertausgleich abstellt,wäre folglich lückenhaft und würde die echten Ausnahmen nicht vollständig erfassen.

bb)Zwei Merkmale liegen jedoch allen echten Ausnahmen zugrunde:Sämtliche Tatbestände beruhen nicht auf einem vorherigen Zutun des Gemeinschuldners.Zudem würden sie immer auch gegenüber jedem anderen (an Stelle des Gemeinschuldners stehenden "wahren") Rechtsinhaber und allen sonstigen dritten Sicherungsberechtigten,wie etwa dem Inhaber eines Pfandrechts,wirksam sein.

---

1)Dabei bleibt die zoll- und steuerrechtliche Haftung gem.§ 121 AbgO außer Betracht,vgl.oben S.13[illegible] Fn.451

Jedes einzelne dieser Merkmale würde aber zugleich auch einige der an § 15 KO scheiternden Tatbestände erfassen.Zunächst lassen sich daher die echten Ausnahmen zu § 15 KO nur zutreffend abgrenzen,wenn man beide Kriterien miteinander ergänzt.Darüber hinaus ist aber auch die Parallele zu den Pfandgläubigern allein verwertbar.Dabei ist jedoch zu beachten,daß der redliche Fahrniserwerber nicht gegenüber den Konkursgläubigern geschützt ist,falls er seinen Erwerb aus einer Rechtsbeziehung zum Gemeinschuldner ableitet:

"Die Konkursgläubiger genießen gemäß § 15 KO dinglichen Schutz nach Art eines Pfandgläubigers,der sich jedoch beim Fahrniserwerb vom Gemeinschuldner nicht durch guten Glauben überwinden läßt."

Lebenslauf

Am 29.September 1947 wurde ich in Celle geboren. Meine Eltern sind der Rechtsanwalt Hans Schumacher und seine Ehefrau Sigrid geb.Musso.Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

In Diepholz besuchte ich von 1953 bis 1957 die Volksschule und danach für zwei Jahre die Graf-Friedrich-Schule.1959 zogen wir nach Dortmund,wo ich in das staatliche altsprachliche Gymnasium eingeschult wurde.Dort legte ich am 24.Februar 1966 die Reifeprüfung ab.Vom 1.April 1966 bis zum 30.September 1967 war ich zur Ableistung des Grundwehrdienstes bei der Bundesmarine.Anschließend studierte ich Jura an den Universitäten Tübingen (WS 67/68 - WS 68/69) und Göttingen (SS 69 - WS 71/72).Am 24.März 1972 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Celle die erste juristische Staatsprüfung.

Seit dem 1.Februar 1974 bin ich Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Celle,zur Zeit beim Landgericht in Lüneburg.